

٤٥ - من منشورات المجلس العلمي

المَحِيطُ الْبَرْهَانِي

لمسائل المبسوط والجامعين والسير والزيادات والنوادر
والفتاوى والواقعات مدللة بدلائل المتقدمين ورحمهم الله

تأليف

الأبام برهان الدين أبي العالي محمود بن صدر الشريعة بن مازة البخاري

رحمه الله تعالى ٥٥١ هـ / ٦١٦ م

اعتنى بإثراجه وتصحيحه

نعيم أشرف نور أحمد

المجلد العشرون

المجلس العلمي

إدارة القرآن

٤٥ - مِن منشورات المجلس العلمي

المَحِيطُ الْبَرْهَانِي

لمَسَائِلِ الْمَبْسُوطِ وَالْجَامِعِينَ وَالسِّيَرِ وَالزِّيَادَاتِ وَالنُّوَادِرِ
وَالْفَتَاوَى وَالْوَأَقَعَاتِ مُدَلِّلَةً بِدَلَالَتِ الْمَتَقَدِّمِينَ رَحِمَهُمُ اللَّهُ

تأليف

الإمام برهان الدين أبي المعالي محمود بن صدر الشريعة ابن مازة البخاري

رحمته الله تعالى ٥٥١ هـ / ٦١٦ هـ

اعتنى بإخراجه وتقصيه

نعيم أشرف نور أحمد

المجلد العشرون

المجلس العلمي

إدارة القرآن

المحيط البهائي

أول طبعة كاملة فى العالم الإسلامى

سنة ١٤٢٤ هـ - ٢٠٠٤ م

جميع حقوق الطبع محفوظة لإدارة القرآن والعلوم الإسلامية علماً بأن هذه النسخة مسجلة لدى الجهات القانونية لا يجوز إعادة طبع هذه النسخة بأية صورة أو وسيلة إلكترونية كانت أو التسجيل أو خلافه بدون إذن كتابى مسبق من الناشر

الإدارة العامة للإسلاميات

* ٤٣٧ دى كاردن إيست لسييله كراتشى ٧٤٥٥٠ باكستان

الهاتف: ٧٢١٦٣٨٨ فاكس: ٧٢٢٣٦٨٨ - ٠٠٩٢٢١

* اردو بازار، ایم اے جناح روڈ کراتشى تلفون: ٢٦٢٩١٥٧

* H-8/1-3 مقابل الشفاء إترنیشنل هاسپتال، إسلام آباد

المجلس العالمى

P. O. Box: 1, Johannesburg 2000, South Africa.

E-mail: wii@global.co.za

At Post Simlak
Dist. Navsari
Gujrat 396415,
India.

Al-Madina Garden
Jamshed Road # 2
Karachi 74800,
Pakistan.

طبع فى مؤسسة نزيه كركي - بيروت - لبنان

الرياض ، السعودية

مكتبة الرشيد

الموزع بالملكة

كتاب الجنايات

هذا الكتاب يشتمل على ثمانية وعشرون فصلا :

الفصل الأول : فى بيان أنواع الجنايات وأحكامها .

الفصل الثانى : فى الجناية على النفس ما يجب بها القصاص وما لا يجب .

الفصل الثالث : فى بيان أصناف الدية .

الفصل الرابع : فى الجنايات فيما دون النفس ما يجب فيها القصاص ، وما يجب فيها الدية ، وهو أنواع : منها : فى الشَّجَاج وفيه حكومة العدل ، ومنها : فى شعر الرأس وغيره ، ومنها : فى جلدة الرأس أو البدن ، وفى لحم الخدين والظهر والبطن والذقن ، وفى اللطمة والوكزة وأمثالها ، ومنها : فى الأذن ، ومنها : فى العين ، ومنها : فى الأنف ، ومنها : فى الشفتين ، ومنها : فى الأسنان ، ومنها : فى اللسان ، ومنها : فى اللحيين ، ومنها : فى اليد والأصابع ، ومنها : فى الضلع والثدى والذكر والأعضاء المتفرقة ، ومنها : فى الجناية على أطراف الصبيّان والنسوان ، ومنها : فى تقدير الأشياء التى يجب بإتلافها الدية فيما دون النفس ، ومنها : فى الجناية تقع على عضو ، ويتعدّى إلى آخر ، ومنها : فى مسائل التداخل .

الفصل الخامس : فيما يجب على القاتل من ضمان الجنايات وما لا يجب .

الفصل السادس : فى معرفة العاقلة وكيفية تحميلهم .

الفصل السابع : فى بيان من يستحق القصاص ، ومن يثبت له ولاية الاستيفاء .

الفصل الثامن : فى الجنايات على نفس الرقيق وأطرافهم .

الفصل التاسع : فى جنایات الرقيق .

الفصل العاشر : فى جنایة المكاتب والمدبّر وأم ولد ، والجناية عليهم .

الفصل الحادى عشر : فى القسامة .

الفصل الثامن عشر : فىمن يأمر غيره بالجناية على الغير .

الفصل الثالث عشر : فى المسائل التى تتعلق بالصبيان ، وفيه بعض مسائل العبيد .

الفصل الرابع عشر : فى جناية الحائط والجناح والكنيف ، وفيما يحدثه الإنسان فى الطريق وأشباهاها .

الفصل الخامس عشر : فى مسائل المسجد ، وبناء القنطرة ، وحفر البئر .

الفصل السادس عشر : فى الرجل يأمر غيره بالحفر أو بالبناء ، وأشباه ذلك فى الطريق وغيره .

الفصل السابع عشر : فى جناية البهيمة ، والجناية عليها .

الفصل الثامن عشر : فى النار وما يتولد منها ، وفى موت الرجلين بفعلهما ، ومسائل الحدث والعرض العثور .

الفصل التاسع عشر : فى الشهادة فى القتل .

الفصل العشرون : فى الصلح والعفو ، والشهادة فى ذلك .

الفصل الحادى والعشرون : فى دعوى الولى العمد أو الخطأ ، وتصديق المدعى عليه إياه فى ذلك ، أو تكذيبه ، ويدخل فيه اختلاف الشاهدين .

الفصل الثانى والعشرون : فى الدعوى والاختلاف بين الورثة .

الفصل الثالث والعشرون : فى الورثة والموصى له الذى يدعى بعضهم قتل عمد أو خطأ .

الفصل الرابع والعشرون : فى الشهادة تبطل بعد قضاء القاضى بالقتل .

الفصل الخامس والعشرون : فى الجنين وما يتصل به .

الفصل السادس والعشرون : فى مسائل الضرب ، والأمر به .

الفصل السابع والعشرون : فى مسائل البزاع والفصاد والحجام والختان ، وما أشبههم .

الفصل الثامن والعشرون : فى المتفرقات .

الفصل الأول

فى بيان أنواع الجنايات وأحكامها

١٩٠٥٩- فنقول : الجناية الواردة على الأدمى نوعان : نوع يرد على النفس ، ونوع يرد على الطرف ، والنوع الوارد على الطرف يسمى قطعاً وجرحاً وشجّة ، والنوع الوارد على النفس يسمى قتلاً ، فنبدأ ببيان النوع الوارد على النفس وأحكامه ؛ لأن أمر النفس أهم .

فنقول : وبالله التوفيق ، القتل الموجب للضمان على ثلاثة أوجه : عمد ، وخطأ ، وشبه عمد ، وهو معنى قول محمد رحمه الله : فى الأصل القتل ثلاثة ، فالعمد أن يتعمد الإنسان قتل من لا يحلّ قتله بالحديد سواء كان سلاحاً نحو السيف والسكين والرمح أو لم يكن سلاحاً نحو الإبرة والأشقى ، وسواء كان له حدة بوضع بضعا ، أو ليست له حدة برض رضا كالعمود وسنجة الميزان ، وسواء كان الغالب منه الهلاك أو لم يكن ، والأصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام : « لا قود إلا بالسيف »^(١) ، وفى رواية : « لا قود إلا بالسلاح » ، وفى رواية : « لا قود إلا بالحديد » ، فهذا يبيّن لك أن العبرة فى هذا الباب للحديد ، هذا كله على رواية « الأصل » .

وفى « المنتقى » أبو يوسف عن أبى حنيفة رحمه الله : فى رجل ضرب رجلاً بإبرة أو بشئ يشبه الإبرة متعمداً ، وقتله فلا قود ، وأما المسئلة ففيها القود .
وذكر شمس الأئمة السرخسى فى ديات « الأصل » : فى الإبرة أنها إذا أصابت المقتل يجب القود .

(١) أخرجه الترمذى فى « سننه » ١٥ / ٤ حديث (١٣٩٤) وابن ماجه فى « سننه » أيضاً ٢ / ٨٨٩ و ٨٨٠ حديث (٢٦٦٦ و ٢٦٦٨) وابن أبى شيبه فى « مصنفه » ٥ / ٤٣٢ حديث (٢٧٧٢٢) والدارقطنى فى « سننه » كتاب الديات ٣ / ١٠٦ حديث (٨٣) والبيهقى فى « الكبرى » ٨ / ٦٣ حديث (١٥٨٧٠) والطحاوى فى « معانى الآثار » ٣ / ١٧٩-١٨٠ ، والبزار فى « مسنده » ٩ / ١١٥ حديث (٣٦٦٣) والطبرانى فى « الكبير » ١٠ / ٨٩ حديث (١٠٠٤٤) وفى علل ابن أبى حاتم ١ / ٤٦١ حديث (١٣٨٨) .

وذكر الطحاوي عن أبي حنيفة رحمه الله : أنه إذا قتله بسنجة حديد أو عمود لا حدّ له ، فهو ليس بعمد محض حتى لا يجب القصاص ، بل هو خطأ عمد ، وعلى قولهما : إن كان الغالب منه الهلاك ، فهو عمد محض ، فيوجب القصاص وإن لم يكن الغالب منه الهلاك ، فهو خطأ عمداً ، فهما على رواية "الأصل" ألحقا الحديد الذي لا حدّ له بالسيف ، وعلى رواية الطحاوي : ألحقاه بالخشب ، والجواب في الخشب الذي لا حدّ له عندهما على التفصيل ، إن كان الغالب منه الهلاك ، فهو عمد محض ، وإلا فهو خطأ عمد ، وكذلك كل ما كان من جنس الحديد نحو الصفر والرصاص ، والذهب والفضة ، والنحاس والآل ، فحكمه حكم الحديد ، إن كان له حدة ببضع بضعا ، فإذا حصل^(١) القتل به ، فهو عمد محض باتفاق الروايات ، وإن لم يكن له حدة ، فعلى رواية الطحاوي عن أبي حنيفة رحمه الله : هو خطأ عمد ، وعندهما : إن كان الغالب منه الهلاك ، فهو عمد محض .

وإن لم يكن الغالب منه الهلاك منه ، فهو خطأ عمد ، وعلى رواية "الأصل" : إن حصل القتل بالصفر أو النحاس أو بالذهب أو بالفضة ، فهو عمد محض ؛ لأن النبي عليه السلام نفى القود إلا بالحديد ، والحديد يتخذ منه السلاح ، وهذه الأشياء يتخذ منها السلاح أيضاً ، فالنص الوارد في الحديد يكون وارداً في هذه الأشياء أيضاً ، فأما إن حصل الضرب بالرصاص والآل ولا حدة له فهو خطأ العمد باتفاق الروايات ؛ لأنه لا يتخذ منها السلاح ، فالنص الوارد في الحديد لا يكون وارداً فيهما دلالة ، وما لم يكن من جنس الحديد إن عمل عمل^(٢) الحديد في البضع وتفريق الأجزاء ، فهو عمد محض ، ويجب فيه القصاص ، وذلك نحو الإحراق بالنار ؛ لأنه يعمل عمل الحديد ، فإنه يشق الجلد ، وكذلك كل ما له حدة نحو الزجاج والبطّة القصب والحجر الذي له حدة والخشب الذي له حدة ، فهذا كله يعمل عمل الحديد ، فهو عمد محض ، وفيه القصاص .

(١) وكان في ظ : "فحصل" .

(٢) هكذا في الأصل ، وكان في غيره : "عمد" مكان : "عمل" .

وعن هذا قلنا : من أجاف^(١) غيره برمح لأسنان فيه ، أو رماه بسهم لا نصل له وجرحه وقتله ، يجب القصاص .

وفى "المنتقى" عن محمد رحمه الله : إذا تعمدت شيئاً من إنسان ، فأصبت شيئاً آخر منه سوى ما تعمدته ، فهو عمد محض ، وإن أصبت غيره يعنى غير ذلك الإنسان ، فهو خطأ .

قال هشام : تفسير هذا رجل تعمد أن يضرب يد رجل فأخطأ ، فأصاب عنق ذلك الرجل ، فأبان رأسه وقتله ، فهو عمد ، وفيه القود ، ولو أراد يد هذا الرجل ، فأصاب عنق غيره ، فهو خطأ ، وفى البقالى إذا قصد رأسه بالعصا ، فأصاب عينه ، فعليه الأرش فى ماله ؛ لأنه تعمد ضربه ، ولو كان له أن يقطع كف رجل فى قصاص له قبله ، فأراد^(٢) أن يضرب كفه بالسيف ، فأصاب اليد من المنكب ، فأبانها فضمامه فى ماله ؛ لأنه عمد محض ، ولا قصاص فيه ؛ لأنه كان له أن يقطع كفه ، ولو رمى قلنسوة على رأس رجل ، فأصاب الرجل ، فهذا خطأ ؛ لأن القلنسوة ليست من بدن الرجل .

قال هشام : قلت : رجل رمى إنساناً بسهم فأخطأ ، فأصاب السهم حائطاً ، ثم عاد السهم ، وأصاب ذلك الإنسان وقتله ، قال : هذا خطأ ، ولو نوى ثوباً ، فضرب رأس رجل ، فشجه موضحة ، فهو عمد ، ولو مات من ذلك صار خطأ ، ذكره فى "العيون" .

١٩٠٦٠- وفى "الأجناس" : ما ليس بسلاح فيما دون النفس عمد ، ومن حكم القتل العمد الإثم فى الآخرة ، إذا كان القاتل مخاطباً ، ومن حكمه وجوب القصاص عيناً عندنا بشرط أن يكون القاتل مخاطباً ، وإن يكون المقتول معصوم الدم عصمة أبدية ، حتى لا يجب القصاص بقتل المستأمن وإن كان له دم معصوم ؛ لأن عصمة دمه ليست بأبدية ، بل هى مؤقتة إلى غاية خروجه عن دارنا ، وأن لا يكون بينهما شبهة ولاد ولا شبهة ملك حتى لا يقتل الرجل بولده ولا بولد ولده ، وإن سفل ، ولا بمملوكه ولا بمملوك مملوكه ، ومن حكمه حرمان القاتل عن الميراث .

١٩٠٦١- ولا كفارة فى هذا القتل عندنا ؛ لأن الله تعالى جعل جهنم جزاء قاتل

(١) أجاف : الطعنة .

(٢) هكذا فى ظ وف ، وكان فى غيرهما : "فإن أراد" .

العمد، والجزاء اسم لما يقع به الكفارة، وإنه ينفي وجوب الكفارة.

وأما قتل الخطأ فهو أن يقصد شخصاً بالقتل، فيصيب غيره، فيقتله نحو أن يرمى إلى صيد قاصداً قتله، فأصاب مسلماً أو ذمياً، فهذا خطأ محض؛ لأن لم يقصد قتله إنما قصد قتل غيره، وكذلك إذا رمى إلى حربى، فأصاب مسلماً أو ذمياً، فهذا خطأ محض، وكذلك إذا رمى إلى شخص ظن أنه مباح الدم، فإذا هو حرام الدم، بأن رمى إلى شخص ظن أنه حربى، فإذا هو مسلم قبل ذلك، فأصابه وقتله، فهذا خطأ باعتبار صفة الحرمة^(١) إن لم يكن خطأ باعتبار العين.

ولو كان نائماً، فانقلب على إنسان وقتله، أو سقط من سطح على إنسان وقتله، أو سقط من بده لبنة أو خشبة، وأصاب إنساناً وقتله، أو كان على دابة، فوطئت دابته إنساناً، فهذا كله قتل الخطأ مباشرة.

١٩٠٦٢- ولو حفر بئراً، أو وضع حجراً على قارعة الطريق، أو أخرج جناحاً أو كنيفاً، أو كان سائقاً دابته، فتلف به إنسان، فهذا كله قتل الخطأ تسبباً، ومن حكم هذا القتل وجوب الدية على العاقلة فى ثلاث سنين، أما وجوب الدية فلقوله تعالى: ﴿وَدِيَّةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ﴾^(٢)، ولقوله عليه السلام: «فى النفس المؤمنة مائة من الإبل»^(٣)، وأما الوجوب على العاقلة عرف ذلك بأثر رسول الله ﷺ، وأما الوجوب فى ثلاث سنين عرف ذلك بأثر عمر رضى الله عنه.

ومن حكمه وجوب الكفارة إلا فى القتل تسبباً كحفر البئر على قارعة الطريق، وما أشبهه، والكفارة تحرير الرقبة فى حق الواجد، وصيام شهرين متتابعين فى حق غير الواجد، وهذه الكفارة تفارق سائر الكفارات من وجهين: أحدهما: أن فى هذه الكفارة يشترط الأيمان فى الرقبة، وفى سائر الكفارات لا يشترط، والفارق النص.

(١) هكذا فى الأصل وف وم، وكان فى ظ: "الحرية".

(٢) سورة النساء: الآية ٩٢.

(٣) أخرجه المروذى فى "السنة" ٦٦/١ حديث (٢٣٦) وذكره ابن حجر فى "تلخيص الحبير" ٢١/٤ حديث (١٦٩٤) وأخرجه البيهقى فى "سننه الكبرى" ١٠٠/٨ حديث (١٦١١٥) كتاب الديات: باب دية أهل الذمة فى رواية أبى أويس.

والثانى : أنه لا مدخل للإطعام فى هذه الكفارة حتى إنه إذا عجز عن الصوم لا يجزئه الإطعام ، وله مدخل فى سائر الكفارات حتى إن المظاهر أو المفطر إذا عجز عن الصيام ، جاز له الإطعام ، ولا قصاص فى هذا القتل اجتمعت الأمة عليه ، ومن حكمه حرمان القاتل عن الميراث إلا فى القتل بطريق التسبيب ، فالقتل بطريق التسبيب ، لا يوجب حرمان القاتل عن الميراث ؛ لأن القتل لم يوجد منه حقيقة ؛ لأنه لا تصرف فى الجهة ، إنما يصرف فى محل آخر إلا أن الشرع الحق التسبيب بالمباشرة على خلاف الأصل فى حق إيجاب الضمان ، فيبقى فى حق الكفارة ، وحرمان الميراث على الأصل .

قال الكرخى فى كتابه : ولا إثم فى هذا القتل يعنى فى القتل بطريق التسبيب ، قالوا : أراد به إثم القتل ، أما يأتى إثم الحفر ، ووضع الحجر على طريق المسلمين .

١٩٠٦٣- وأما شبه العمد فقد ذكر شيخ الإسلام فى شرحه : أن شبه العمد عند أبى حنيفة رحمه الله أن يتعمد الضرب بما ليس بسلاح ، ولا هو فى معنى السلاح ، ويكون قصده الضرب والتأديب دون الإتلاف ، سواء كان الهلاك منه غالباً كمدقة القصارين والحجر الكبير والعصا الكبير ، أو لم يكن الهلاك منه غالباً كالعصا الصغير والسوط الصغير ، وإذا قتله به ، فهو شبه العمد ، سواء والى بين الضربات أو لم يوال .

وعندهما : إن تعمد الضرب بما كان الغالب منه الهلاك ، فهو عمد محض يجب القصاص ، وإن تعمد الضرب بما لم يكن الهلاك منه غالباً منه كالسوط الصغير ، فإن لم يوال فى الضرب ، فهو شبه العمد عندهما بلا خلاف ، وإن والى فى الضرب ، فقد اختلف المشايخ فيه على قولهما ، بعضهم قالوا : إنه عمد محض ، وبعضهم قالوا : إنه شبه العمد .

ومن حكم هذا القتل الإثم ، وإنه ظاهر ، ومن حكمه وجوب الدية مغلظة على العاقلة .

روى ذلك مغيرة بن شعبه عن رسول الله ﷺ^(١) ، وعليه إجماع الصحابة ، فالأصل أن كل دية تجب بالقتل ابتداء لا بمعنى تحدث من بعد ، فهى على العاقلة ، ومن حكمه

(١) أشار إليه البيهقى فى "الكبرى" ٦٩/٨ وأبو داود ١٨٩/٤ وابن عبد البر فى "التمهيد" ٣٥٢/١٧ .

الكفارة؛ لأن شبه العمد خطأ حكمًا، حتى وجبت الدية فيه على العاقلة، فكذا في حق الكفارة.

وعن أبي حنيفة رحمه الله: أنه لا كفارة فيه ولا قصاص؛ لأن الشرع جعل القصاص موجب العمد المطلق، وقد تمكنت الشبهة في هذا القتل في القصد، فلا يكون عمداً مطلقاً، وليس فيما دون النفس شبه العمد بخلاف النفس.

قال القدوري في كتابه: ما جعل شبه عمد في النفس، فهو عمد فيما دون النفس، وهذا لأن حد شبه العمد في النفس أن يتعمد الضارب الضرب، ولا يقصد الإتيان إنما يقصد التأديب، وذلك إنما يتحقق في النفس؛ لأن إتيان النفس لا يقصد بالسوط، وإنما يقصد بالسلاح وكان القتل بالسوط شبه عمد؛ لأنه من حيث إنه تعمد الضرب متعمد، ومن حيث إنه ما تعمد القتل، وإنما تعمد التأديب^(١) مخطئ، فكان شبه عمد، وهذا الحد لا يتأتى فيما دون النفس؛ لأن ما دون النفس كما يقصد بالإتيان بالسلاح يقصد بالإتيان بغير السلاح، وكان الضرب بالخشب والسوط فيما دون النفس عمداً باعتبار الضرب والإتيان جميعاً، فصار الخشب فيما دون النفس بمنزلة السلاح في النفس، فلهذا وقع الفرق بين النفس وما دونها في شبه العمد إذا ضرب آخر بيده أو بنعله أو بشيء لا يقصد بمثله القتل، فمات من ذلك، قال زيد ابن عمر: هو شبه العمد، وقال الحسن ابن زياد: إذا ضربه واحدة يخاف على مثلها بعد ذلك فهو خطأ، وإن والى في الضربات فهو شبه العمد - والله أعلم -.

١٩٠٦٤ - وفي "نوادير ابن سماعة" سئل محمد: عن رجل شجّ رجلاً موضحة شبه العمد قال: لا يكون الموضحة شبه العمد؛ لأنه إن تعمد ففيه القصاص، وإن لم يتعمد كان خطأ، فلا تكون الموضحة شبه العمد بين الأجنبي، وقد تكون من الوالدين، والجد وكل من لا يقتص منه، فيكون ذلك عليه مثل شبه العمد في ماله - والله أعلم -.

(١) هكذا في ظوف وم، وكان في الأصل: "وإنما تعمد التأديب، والتأديب مخطئ".

الفصل الثانى

فى الجناية على النفس ما يجب بها القصاص وما لا يجب

١٩٠٦٥- قال محمد رحمه الله فى "الجامع الصغير" : رجل ضرب رجلاً بمر^(١) فقتله ، فإن أصابه بالحديد قتل به ، وإن أصابه بالعود ، ففيه الدية ، هكذا ذكر ، ولا شك أنه إذا أصابه حد الحديد وجرحه إنه يجب القصاص عند الكل ، وإن أصاب ظهره ، ولم يجرحه ، فلا شك أن على قولهما : يجب القصاص ؛ لأن المقاتل لا يلبث .

وأما على قول أبى حنيفة رحمه الله : فعلى ما ذكر فى "الأصل" أن العبرة للحديد لا للجراحة ، يجب القصاص ، وعلى ما ذكر الطحاوى عنه : أن العبرة للجرح لا يجب القصاص ، وقوله فى الكتاب : وإن أصابه بالعود ، ففيه الدية يحتمل أن يكون قول أبى حنيفة رحمه الله ، أما على قولهما : يجب القصاص كما لو ضربه بالحجر الكبير أو الخشبة الكبيرة ، وإليه ذهب بعض المشايخ ، وعامتهم على أن هذا قول الكل ؛ لأن هذا مما لا يقتل غالباً ، وهما يعتبران غلبة الهلاك فى آلة ليست بجراحة ، ومن هذا الجنس ذكر فى "فتاوى أهل سمرقند" : إذا ضرب رجلاً بالكافر كرب ، وقتله إن ضربه من قبل الحديد ، ففيه القصاص ، وإن ضربه من قبل الخشبة ، فلا قصاص فيه ، هكذا ذكر ، ويجب أن يكون الكلام فيه نظير الكلام فى مسألة المر .

١٩٠٦٦- وفى "العيون" : ضرب رجلاً بسيف فى غمد ، فخرق السيف الغمد وقتله ، قال أبو حنيفة رحمه الله : لا قصاص ، وقال محمد رحمه الله : إن كان الغمد ثقيلًا لو ضرب به وحده قتل به ، فهما يعتبران القتل بالآلة بقصد بها القتل عادة ، وأبو حنيفة رحمه الله يعتبر دليل القصد .

١٩٠٦٧- قال محمد رحمه الله فى "الجامع الصغير" : إذا أحمى تنوراً ، وألقى فيها إنساناً ، أو ألقاه فى نار لا يستطيع الخروج منها ، فأخرقته النار يجب القصاص ؛ لأن النار بمعنى السيف ، فموضوع المسألة يشير إلى أن الإحماء يكفى ، وإن لم يكن فيه نار ،

قال البقالى فى فتاويه : هو الصحيح .

وفى البقالى : إذا ألقاه فى النار ، فخرج حياً وبه رمق ، فمكث أياماً مصيباً من ذلك حتى مات قتل به ، وإن كان يجىء ، ويذهب فلا .

١٩٠٦٨- وفى "الجامع الصغير" : إذا غرق صبياً أو بالغاً فى البحر ، فلا قصاص عند أبى حنيفة خلافاً لهما .

وذكر شيخ الإسلام فى شرح ديات "الأصل" : أن من غرق إنساناً بالماء إن كان الماء قليلاً لا يقتل مثله غالباً ، ويرجى منه النجاة فى الغالب ، فمات من ذلك ، فهو خطأ العمد عندهم جميعاً ؛ لأنه متعمد الإلقاء غير متعمد القتل إذا كان الماء بحال لا يقتل مثله فى الغالب .

وأما إذا كان الماء عظيماً إن كان بحيث يمكنه النجاة منه بالسباحة ، فإن كان غير مشدود ولا مثقل وهو يحسن السباحة فمات ، فإنه يكون خطأ العمد ؛ لأنه إذا يمكنه النجاة كان الملقى متعمداً فى الإلقاء لا فى القتل ، وإن كان بحيث لا يمكنه النجاة ، فعلى قول أبى حنيفة رحمه الله : هو خطأ العمد ولا قصاص ، وعلى قولهما : هو عمد محض ، ويجب القصاص .

١٩٠٦٩- وفى "المنتقى" عن أبى يوسف رحمه الله عن أبى حنيفة رحمه الله : رجل ألقى رجلاً من سفينة فى بحر أو دجلة ، فرسب^(١) كما وقع وغرق ، فعلى عاقلته الدية ، وإن كان حين ألقاه سباح سباحة ، ثم غرق ، فلا دية فيه ، وإذا ألقاه من سطح أو جبل ، أو ألقاه فى بئر ، فعلى قول أبى حنيفة رحمه الله : هذا خطأ العمد ، وأما على قولهما : إن كان لا يرجى منه النجاة غالباً ، فهو خطأ العمد ، وإن كان لا يرجى منه النجاة ، فهو عمد محض يجب القصاص به عندهما .

١٩٠٧٠- قال فى "الأصل" : وإذا خنق رجلاً حتى مات ، فعلى قول أبى حنيفة رحمه الله : لا قصاص ، ولكن إن كان اعتاد ذلك ، فالإمام يقتله سياسة ، فإن تاب من ذلك إن تاب قبل أن يقع فى يد الإمام تقبل توبته ولا يقتل ، وإن تاب بعد ما وقع فى يد الإمام لا تقبل توبته ، وهو نظير الساحر إذا تاب ، وأما على قولهما : إن دام على الخنق

(١) فرسب : غاص فى الأسفل .

حتى مات، فعليه القصاص كما لو قتله بحجر عظيم أو خشبة عظيمة، وإن ترك الخنق قبل الموت، ثم مات بعد ذلك، فإنه ينظر إن دام على الخنق مقداراً يموت الإنسان منه غالباً، فعليه القصاص؛ لأنه قصد الخنق والقتل، فكان عمداً محضاً باعتبار الخنق والقتل جميعاً، وإن دام على الخنق مقداراً لا يموت الإنسان منه غالباً، فلا قصاص؛ لأنه قصد الخنق، أما ما قصد القتل فكان عمداً باعتبار الخنق خطأ باعتبار القتل.

١٩٠٧١- وإذا سقى رجلاً سمّاً، فمات من ذلك، فهو على ثلاثة أوجه: إما إن أوجره إيجاراً على كرهه منه، أو ناوله، أو أكرهه على شربه حتى شرب، أو ناوله وشرب من غير أن أكرهه عليه، فإن أوجره إيجاراً، أو ناوله، أو أكرهه على شربه حتى شرب، فلا قصاص، وعلى عاقلته الدية، ذكر المسألة في الأصل مطلقاً من غير ذكر خلاف، ولم يفصل بينما إذا كان ذلك مقداراً يقتل مثله غالباً أو لا يقتل، وهذا الجواب لا يشكل على قول أبي حنيفة رحمه الله، وذلك لأن القتل حصل بما لا يخرج لا من حيث الحقيقة ولا من حيث الاعتبار، وكان خطأ العمد على مذهبه.

فأما على قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله: فمن مشايخنا من قال: الجواب عندهما على التفصيل إن كان ما أوجره من السمّ مقداراً يقتل مثله غالباً كان عمداً محضاً؛ لأنه قصد الإيجار والقتل جميعاً، فكان عمداً محضاً كما لو قتله بحجر عظيم، وإن كان قدراً، لا يقتل مثله غالباً، فإنه يكون خطأ العمد؛ لأنه قصد الإيجار، ولم يقصد القتل، فعلى قول هذا القائل: لا يحتاجان إلى الفرق بين هذا وبينما إذا قتله بحجر عظيم، ومن مشايخنا من قال: بأن على قولهم جميعاً: يكون خطأ العمد، سواء كان مما يقتل مثله غالباً، أو لا يقتل، فهذا القائل يحتاج الفرق بين هذا وبينما إذا قتله بحجر عظيم على قولهما.

ووجه الفرق بينهما وهو أن السمّ القليل يجعل في بعض الأدوية لإصلاح، فبهذا الاعتبار لا يثبت القصد إلى القتل إن ثبت القصد إلى القتل بالكثير منه؛ لأن الكثير منه لا يجعل في الأدوية للإصلاح، فإذا كان كذلك ثبت القصد إلى القتل من وجه دون وجه، فكان شبه العمد، وكان كمن أوجر رجلاً سقمونيا مقداراً لا يحتمل النفوس فمات لا يكون عمداً محضاً؛ لأنه مما يجعل في الأدوية للإصلاح، فذلك هذا بخلاف

ما لو قتله بحجر عظيم، أو ألقاه من السطح؛ لأنه مما لا يقصد بهذا إصلاح البدن بوجه من الوجوه، فإذا كان ما يقتل مثله غالباً كان قاصداً إلى قتله من كل وجه فكان عمداً محضاً، وإذا ناوله، فشرّب من غير أن أكرهه عليه لم يكن عليه قصاص ولا دية، سواء علم الشارب بكونه سمّاً أو لم يعلم، إن علم فلا إشكال؛ لأنه شرّب باختياره، فكان الشارب هو القاتل لنفسه لا المعطى، فلا يكون على المعطى شيء كمن دفع سكيناً إلى رجل، فقتل به نفسه لم يكن على الدافع شيء، فكذا هنا، وكذلك من حفر بئراً على قارعة الطريق، فمشى عليه رجل قد علم بحفر البئر، فإنه لا ضمان على حافر البئر، فكذلك هنا.

وأما إذا لم يعلم بكونه سمّاً، فكذلك لا شيء عليه لا قصاص ولا دية؛ لأن الشارب هو الذى باشر قتل نفسه؛ لما شرّب مختاراً، فلا يكون على المعطى شيء.

فإن قيل: إن لم يباشر المعطى قتل الشارب فقد سبب لقتله بالإعطاء، وهو معاقب على هذا السبب، فإنه يأتّم بذلك، فإذا شرّبه المدفوع إليه وهو لا يعلم بذلك، فمات وجب أن يضمن المسبب كمن حفر بئراً على قارعة الطريق، فمشى عليه^(١) إنسان وهو لم يعلم بالحفر، فإن الحافر يضمن؛ لأنه كان مسبباً لقتله، وهو معاقب على ذلك.

قلنا: المسبب إذا كان معاقباً على التسبب ملاماً عليه إنما يضمن إذا بقى أثر فعله وقت الموت كما فى حفر البئر يبقّى أثر فعله وقت الموت وهو العمق، وأما إذا لم يبق أثر فعله وقت الموت، فإن المسبب لا يضمن كمن وضع حجراً على قارعة الطريق، فجاء إنسان وحوّله، ثم تعقل به إنسان لا ضمان على الأول؛ لأنه زال أثر فعله وقت الموت، وهنا فى مسألتنا زال أثر فعله، وذلك لأن فعله إنما كان فى وضعه فى يده أو فيه، وقد زال هذا الأثر لما ألقاه فى فمه، أو ابتلعه، وإذا لم يبق لفعله أثر وقت الموت لم يكن عليه ضمان، وإنما عليه إثم الخداع والغرور، وبنحوه ورد الأثر عن رسول الله ﷺ.

١٩٠٧٢- وإذا حبس إنساناً فى بيت حتى مات جوعاً أو عطشاً، لا يضمن شيئاً عند أبى حنيفة رحمه الله، وعندهما: يجب عليه الدية؛ لأن الجوع سبب مفض إلى الموت، وهو قائم إلا أنه يدفع ذلك عن نفسه، بالأكل، وإذا منع الطعام عنه صار مسبباً

(١) هكذا فى ظوف، وكان فى الأصل وم: "فيها".

للتلف بمنزلة حفر البئر، فإن الفعل^(١) كان لازماً، ولكن الماشى يمنع نفسه عن الوقوع بوضع القدم على موضع مستقر، فإذا حفر، فقد منع ذلك عنه، فاعمل تلك العلة، كذا هنا، وأبو حنيفة رحمه الله يقول: التلف حصل لمعنى فيه، وهو الجوع والعطش، وإنما يدفع ذلك الماء والطعام، فهذا قد منع ما يدفع به الهلاك عن نفسه، وهذا لا يعدّ تسبباً إلى التلف.

١٩٠٧٣- وفي "المنتقى": سئل محمد رحمه الله عن رجل دفن رجلاً حياً في قبر ومات، قال: يقادبه، لأنه قتله عمداً.

١٩٠٧٤- وفي "المجرد": روى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة رحمه الله: رجل أقرّ أنه قتل فلاناً بحديدة، أو قال: بالسيف، ثم قال: إنما أردت غيره، فأصابه، درئ عنه القتل، ولو قال: ضربت فلاناً بحديدة فقتلته^(٢)، ثم قال: أردت غيره، فأصابته لم يقبل ذلك منه ويقتل، ولو قال: وجاءت بسكيني، فقتلت فلاناً، ثم قال: إنما أردت غيره، فأصابته درئ عنه القتل.

وعن أبي يوسف رحمه الله: إذا قال: ضربت فلاناً بالسيف فقتلته^(٣)، قال: هذا خطأ حتى يقول: عمداً، ولو قال: ضربت بسيفي، فقتلت فلاناً، أو قال: وجاءت بسكيني فقتلت فلاناً، ثم قال: إنما أردت غيره، فأصابته، درئ عنه القتل.

وفي "المنتقى": إذا قال الرجل: قتلنا فلاناً بأسيا فمات متعمداً، ثم قال: كان معي غيري لم يصدّق وقتل به، ولو قال: قتل فلاناً متعمداً بحديدة، فلما أخذ بذلك، قال: كنت يومئذ غلاماً لم يصدّق وقتل به.

ولو قال: ضربت فلاناً بالسيف متعمداً، ثم قال: لا أدري مات منها أم لا، ولكنه مات، وقال المولى: مات منها لم يقبل، ولو قال: مات منها، ومن حية نهشته، أو لدغته عقرب، وقال المولى: مات من ضربك، فالقول قول القاتل، وعليه نصف الدية.

(١) هكذا في الأصل وم، وكان في ظ: "الثقل"، وفي ف: "النقل".

(٢) هكذا في الأصل وم، وكان في ظ وف: "فقتله".

(٣) هكذا في الأصل وم، وكان في ظ وف: "فقتله".

١٩٠٧٥- وفي "المنتقى": إذا قطع عنق الرجل، وبقي شيء قليل من الحلقوم، وفيه الروح، فقتله رجل، فلا قود عليه؛ لأن هذا ميت، ولو مات ابنه بعد ذلك، وهو على تلك الحالة بعد ورثة ابنه، ولم يرث هو ابنه، ولو شقّ بطن رجل، وخرجت أمعائه كلها، وسقطت بالأرض إلا أنها صحيحة بعد، فقتله رجل آخر قتل به، ولو اقتلعت أمعائه من بطنه، فطرحته عنه، وبقي البطن خاليًا، فقتله رجل، فلا قود عليه؛ لأن هذا ميت.

ولو قتل رجلا وهو في النزاع قتل القاتل به، وإن كان يعلم أنه لا يعيش.

١٩٠٧٦- قال محمد رحمه الله في "الجامع الصغير": في الصنفين يلتقيان: صف من المسلمين، وصف من المشركين فيقتلون، فقتل رجل من المسلمين رجلا من أصحابه على ظن أنه مشرك، فعليه الكفارة والدية، ولا قود عليه؛ لأن هذا قتل الخطأ؛ لأن الخطأ صورته أن يقصد قتل من يباح له قتله، فيصيب من لا يباح له قتله، وقد وجد هنا هذا المعنى، وقتل الخطأ يوجب الدية والكفارة دون القود، وأصله ما روى أن المسلمين أصابوا اليمان بن حذيفة رضي الله عنه^(١)، فأوجب رسول الله ﷺ الدية، فتركها حذيفة لهم، فقد أوجب رسول الله ﷺ منه الدية دون القود.

قيل: وهذا إذا كان المقتول في صف المسلمين، فأما إذا كان المقتول في صف المشركين لا يجب عليه شيء؛ لأن هو الذي أهدر دمه حيث وقف في صف المشركين، ألا ترى أن المشركين إذا تترسوا بأطفال المسلمين وأسراهم جاز للمسلمين الرمي لهم، ولا يجب عليهم شيء فيما أصاب الأسراء والأطفال.

١٩٠٧٧- قال محمد رحمه الله في الكتاب: رجل قتل ابنه عمداً، فعليه الدية في ماله في ثلاث سنين، ولا قصاص عليه، وهذا مذهبننا.

والأصل فيه ما روى عن النبي ﷺ أنه قال: «لا يقاد والد بولده»^(٢)؛ ولأن الأب أصل والولد فرع، وإهلاك الأصل بسبب الفرع غير مشروع، وإذا لم يجب القصاص

(١) أشار إليه الحافظ ابن حجر في "فتح الباري" ٢/١٨، ولم أجد في غيره.

(٢) أخرجه الدارقطني في "سننه" ٣/١٤٠ حديث (١٧٨) وأبو الشجاع في "الفردوس بمأثور الخطاب" ٥/٢٢١ حديث (٨٠١٧) وابن عبد البر في "التمهيد" ٢٣/٤٣٧.

عندنا وجب الدية على الأب في ماله، ولا يجب على العاقلة، والأصل فيه حديث عمر رضى الله عنه، فإنه قضى بالدية على الأب في ماله وقد قتل ابنه عمداً.

وعن ابن عباس رضى الله عنهما أنه قال: لا يعقل العاقلة عمداً، وإذا أوجب الدية في ماله، يجب مؤجلة في ثلاث سنين، وقد مرّ هذا فيما تقدم، ويقتل الولد وولد الولد بالأب والجد قصاصاً؛ لأن الأصل ليس بجزء له، وإهلاك الجزء بالجنائية على أصله ليس بقبيح، ولا يقتص الجد بولد ولده من قبل الآباء والأمهات وإن علوا؛ لأن اسم الأب يشملهم، فيدخلون جميعاً تحت الحديث، ولا يقتص الأم بولدها؛ لأن الأم نظير الأب في حق الحرمة^(١)، بل الأم أعظم حرمة من الأب، فالنص الوارد في حق الأب يكون وارداً في حق الأم دلالة.

١٩٠٧٨- ولا قصاص فيما بين الصبيان لقوله عليه السلام: «رفع القلم عن ثلاث»^(٢)، وعمد الصبي وخطأه سواء عندنا حتى تجب الدية في الحالين: إما الخطأ فظاهر، وإما العمد فلأنه تعذر إيجاب القصاص، والقتل العمد في دار الإسلام لا يخلو عن عقوبة أو غرامة، وتعذر إيجاب العقوبة، فتعين الغرامة، ويكون ذلك في ماله في فصل العمد؛ لأن العاقلة لا تعقل العمد.

في "الزيادات": أن الدية في فصل العمد تجب على العاقلة أيضاً، ولا كفارة عليه في الخطأ عندنا، ولا يحرم عن الميراث خلافاً للشافعي رحمه الله، والجواب في المعتوه نظير الجواب في الصبي؛ لأن المعتوه في معنى الصبي.

والجواب في المجنون إذا قتل في حال جنونه نظير الجواب في الصبي، بل أولى؛ لأن المجنون عديم العقل، والصبي ناقص العقل، وأما إذا كان يجن ويفيق، وقتل في حال إفاقته، ذكر في "الأصل": أنه هو الصحيح سواء؛ لأنه حالة القتل مفيق، والعبرة

(١) هكذا في موف، وكان في ظ: "الحرية"، وفي الأصل: "الجزية".

(٢) أخرجه ابن خزيمة في "صحيحه" ١٠٢/٢ حديث (١٠٠٣) وفي ٣٤٩/٤ حديث (٣٠٤٩)، والحاكم في "المستدرک" ٣٨٩/١ حديث (٩٤٩) وفي ٦٨/٢ حديث (٢٣٥٢) وفي ٤٣٠/٤ حديث (٨١٧١) والنسائي في "المجتبى" ١٥٦/٥ حديث (٣٤٣٢) وأحمد في "مسنده" ١٠٠/٦ حديث (٢٤٧٢٨) وفي ١٤٤/٦ حديث (٢٥١٥٧) والطبراني في "الأوسط" ٣٦١/٣ حديث (٣٤٠٣٢) والبيهقي في "الكبرى" ٢٦٩/٤ حديث (٨٠٩١).

لحالة القتل، فصار كسائر المفيقين، فإن جن بعد ذلك، هل يسقط القصاص؟ لم يذكر محمد رحمه الله هذا الفصل في "الأصل".

قال شيخ الإسلام في شرحه: إن بعض مشايخنا فصلوا الجواب فيه تفصيلاً، فقالوا إن كان الجنون الحادث مطبقاً يسقط القصاص؛ لأنه بالجنون المطبق يلتحق بالصبي، والصبي لو قارن القتل، منع الوجوب، فإذا طرأ على القتل قبل الاستيفاء ما هو في معنى الصباء يمنع الاستيفاء؛ لأن العقوبة في الاستيفاء لا في الوجوب.

وإن كان الجنون الحادث غير مطبق لا يسقط القصاص؛ لأن الجنون إذا لم يكن مطبقاً، فهو بمنزلة الإغماء، ألا ترى أنه لا يسقط به الصوم، وإنما يسقط الصلاة إذا دام أكثر من يوم وليلة كما في الإغماء، والإغماء لا يسقط القصاص؛ لأنه نوع مرض إلا أن الجنون إذا كان مقارناً للقتل منع وجوب القصاص، وإن كان غير مطبق؛ لأننا اعتبرنا الجنون إذا كان غير مطبق بالإغماء إلا أن الإغماء إذا كان مقارناً للقتل، منع وجوب القصاص، وإذا طرأ على القتل قبل الاستيفاء لا يسقط الاستيفاء، فكذا الجنون الذي هو غير مطبق، هذا جملة ما أورده شيخ الإسلام في شرحه.

١٩٠٧٩- وفي "المنتقى": رجل قتل رجلاً عمداً، ثم عته، وشهد عليه الشهود بالقتل وهو معتوه، فإنني أستحسن أن لا أقتله، وأجعل الدية في ماله.

وذكر في موضع آخر من "المنتقى" إبراهيم عن محمد رحمه الله: رجل قتل رجلاً، ثم جنّ القاتل لا يقتل، ولو قضى عليه بالقود، ثم جنّ، فالقياس أن لا يقتل.

وقال أبو يوسف رحمه الله: يقتل إذا كان قد قضى عليه، وفي موضع آخر إذا قضى القاضي بالقصاص على القاتل، فقبل أن يدفعه إلى وليّ القتيل جنّ القاتل لا قصاص عليه استحساناً، ويجب الدية، وإن جنّ بعد الدفع إليه، له أن يقتل.

١٩٠٨٠- في "المنتقى" أيضاً: امرأة خرج منها رأس ولدها، ولم يخرج منه غيره، أو استهل الصبي على تلك الحال، ثم إن قاتلاً قتله، فإنه لا أقضى عليه بالقصاص، وأجعل الدية عليه، إلا أن يكون خرج مع الرأس نصف، أو خرج الأكثر منه مع القدمين، فهو بمنزلة ما قد تمّ خروجه، فإن قتله أخذه، وكذلك الحكم في قطع عضو من أعضائه.

١٩٠٨١- فى "المنتقى" بشر بن الوليد عن أبى يوسف، وابن سماعة عن محمد رحمهم الله: رجل قطع يد رجل عمداً، ثم إن المقطوعة يده قطع ابن القاطع عمداً، ثم مات المقطوعة يده من القطع، فعلى القاطع القصاص لولى المقطوعة يده من قبل أن القاطع قد جنى قبل أن يجب له الدم، فإنما مات المقطوعة يده من جناية كانت عليه قبل أن يحلّ دمه.

وذكر هذه المسألة فى موضع آخر من "المنتقى" عن محمد رحمه الله، وذكر فيها القياس والاستحسان، وقال: القياس أن على القاطع القصاص؛ لما قلنا، وفى الاستحسان: لا قصاص، وتجب الدية عليه فى ماله؛ لأنه قد كان حلّ دمه للقاطع قبل أن يموت من الضرب، ثم قال: ولا يشبه هذا المرتد.

رجل قتل ابن الرجل عمداً، ثم إن أب المقتول قطع يد القاتل خطأ، ومات من ذلك كان قصاصاً، ولم يكن لوليه الدية على أب المقتول.

١٩٠٨٢- ولو ضرب رجل رجلاً بالسيف عمداً، ثم إن المضروب، ضرب الضارب بالسيف عمداً، ثم ماتا جميعاً، فإن هذا قصاص إن ماتا معاً^(١)، أو أحدهما قبل الآخر، هكذا ذكر بشر عن أبى يوسف رحمه الله.

ويقتل الرجل بالصبي، والرجل بالمرأة، والمرأة بالرجل لقوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ﴾^(٢) أو جب القصاص فى القتل مطلقاً من غير فصل، ويقتل المسلم بالذمى عندنا، والذمى يقتل بالذمى وبالمسلم بلا خلاف، والذمى إذا قتل ذمياً، ثم أسلم، فإنه يقتل به بلا خلاف، ولا يقتل المسلم ولا الذمى بالحربى، مستأمنًا كان أو غير مستأمن، ولا يقتل مستأمن بمستأمن فى ظاهر الرواية لتمكن شبهة الإباحة فى الحلّ، وعلى هذا الحرف تخرج المسائل كلها، وبيان ذلك أن المبيع للقتل فى حق أهل الحرب كونهم حربياً لنا، لا نفس الكفر، ألا ترى أن المرأة لا تقتل، ومعنى الحراب انتسخ بعقد الذمة من كل وجه؛ لأنه صار مسالماً^(٣) على سبيل التأييد، وإذا انتسخ معنى الحراب لم

(١) هكذا فى ظوم، وكان فى الأصل وف: "جميعاً".

(٢) سورة البقرة: الآية ١٧٨.

(٣) هكذا فى ظ، وكان فى الأصل: "صار مسلماً سالماً"، وفى م: "سالماً".

يوق في المحل لا حقيقة الإباحة ولا شبهتها، فالحق الذمى بالمسلم فى حق هذا الحكم، فأما معنى الحراب لم ينتسخ بالاستئمان من كل وجه؛ لأن أمان المستأمن موقت، فلا ينتسخ به معنى الحراب من كل وجه، بل تبقى شبهة الحراب، وإذا بقى شبهة الحراب بقيت شبهة الإباحة، والقصاص لا يجب مع الشبهة، ولا يقتل المولى بعبد، وكذا لا يقتل بمن كان بعضه ملكاً له؛ لأن القصاص لا يتجزأ، فإذا سقط بعضه سقط كله، ويقتل سليم الجوارح بناقص الأطراف والصبى والمجنون؛ لأن القتل تصرف فى الروح، وقد تساوى فى ذلك.

١٩٠٨٣- ويقتل الجماعة بالواحد، فرق بين النفس وبين الطرف فإن اليدان لا يقطعان بيد واحدة، ويقتل الواحد بالجماعة اكتفاء، ولا يجب مع القصاص شىء آخر، فرق بين هذا وبينما إذا قطع يمينى رجلين عمداً فجاء وطلباً من القاضى حقهما فالقاضى يقضى لهما بيمين القاطع وبديّة يد بينهما.

والفرق أن الأنفس جعلت مثل نفس واحدة حتى قتل الجماعة بالواحد وإذا كان الأنفس مثل النفس الواحدة كانت النفس الواحدة مثل الأنفس؛ لأن المماثلة بين شيئين من الأسماء المشتركة لا تقوم بأحد الطرفين، وإذا كان النفس الواحد مثل الأنفس صار كل واحد من ولى القتل مستوفياً حقه فى القصاص بكماله، فلا يستحق معه شىء آخر، أما اليد الواحدة لم تجعل مثل الأيدي حتى لا يقطع الأيدي بيد واحدة، وإذا لم تكن اليد الواحدة مثل الأيدي صار كل واحد من المقطوعة يده مستوفياً بعض حقه فى القصاص لا كمال حقه، فيقضى بديّة بينهما تكميلاً لحق كل واحد منهما، ولو كان ولى أحد المقتولين حاضراً، وولى المقتول الآخر غائباً، فجاء الحاضر إلى القاضى، وطلب القصاص، فإن القاضى يقضى له بالقصاص، فإن حضر الآخر بعد ذلك لا يقضى له بشىء، فرق بين هذا وبينما إذا قطع يمينى رجلين، فحضر أحدهما، وطلب القصاص من القاضى، وقضى القاضى له بالقصاص، ثم حضر الآخر، فالقاضى يقضى له بديّة اليد، وفى الفصلين جميعاً من عليه صار قاضياً بحق الغائب حقاً واجباً عليه.

والوجه فى ذلك أن فى فصل القصاص المقضى به ليس بمال لا حقيقة ولا حكماً؛ لأن المقضى به الدم، والدم ليس بمال لا حقيقة ولا حكماً، وما ليس بمال لا يضمن

بالمال، فكان كالذمى إذا قضى دينه من خمر عبده للمسلم لا يضمن؛ لأن المقضى به ليس بمال متقوم فى حق المسلم، وكذلك هنا، ولهذا قلنا: إن القاتل لو قتل نفسه لا تجب الدية فى ماله لولى القصاص، وإن وجد منه إتلاف سبب حق لولى القصاص وهو الجراحة، والقاتل حى والميت من أهل أن يجب عليه الضمان بعد الموت بسبب وجد منه فى حال حياته؛ لأنه أتلّف ما ليس بمال لا حقيقةً ولا حكمًا، فلم يضمن المال، فكذا إذا قضى بنفسه حقًا وجب عليه للغير، فأما الطرف إن لم يكن ما لا حقيقة فقد أعطى له حكم المال حتى قالوا: يستوفى فى الحرم، ويستوفيه الوصى فى أظهر الروايات، ويجرى فيه البدل والإباحة إذا كان مفيدًا، ويعتبر التكافى والتساوى فى القيمة لجريان القصاص فى الأطراف كما فى المال، وإذا كان له حكم المال فمتى قضى به حقًا وجب عليه صار ضامنًا للمقضى له، وكذا لو لم يقض به حقًا وجب عليه، لكنه أتلّفه بأن قطع يد نفسه، صار ضامنًا دية اليد؛ لأن المتلف له حكم المال، والمال يجوز أن يضمن بالإتلاف والقضاء، وأما ما ليس بمال لا يجوز أن يضمن بالمال لا بالقضاء ولا بالإتلاف.

١٩٠٨٤- وإذا كان الدم بين اثنين، فعفل أحدهما، ثم إن الساكت قتل القاتل عمدًا، فهذا على وجهين: إن قتله ولم يعلم بعفو العافى فالقياس أن يقتل الساكت به، وفى الاستحسان: لا تقتل؛ لأنه قتله على تقدير أن له ملكًا فى نصف القاتل، ولما لم يعلم بالعفو، فيصير ذلك شبهة فى درء ما يدرء بالشبهات كمن زفت إليه غير امرأته، فوطئها على حساب أنها امرأته، ثم ظهر أنها أجنبية ليس له فيها ملك ولا شبهة ملك لم يكن عليه حد؛ لأنه وطئها على ظن أنها امرأته، ولكن تجب الدية فى ماله؛ لأنه عمد محض، لكن سقط القصاص للشبهة فتجب الدية فى ماله، فرق بين هذا وبينما إذا رمى سهمًا إلى شخص أو قتل شخصًا على ظن أنه حربى فظهر أنه مسلم تجب الدية على العاقلة، وجعل ذلك خطأ مع أنه قصد قتله بالسلاح.

ووجه الفرق أن فى الحربى إن وجد القصد إلى القتل بالسلاح إلا أن قتله لم يتصف بالحرمة، ومع القصد إلى القتل لا بد من اتصاف القتل بالحرمة حتى يكون عمدًا، ألا ترى أن قتل الصبى والمجنون خطأ حكمًا، وإن كانا متعمدين القتل بالسلاح؛ لأن القتل فى حقهما لم يتصف بالحرمة، قلنا: وقتل الحربى لم يتصف

بالحرمة ؛ لأن قتل الحربى مباح له قبل التعرف عن حاله إذا وقع فى قلبه أنه حربى ؛ لأنه متى لزمه التعرف عن حاله قبل القتل بدليل آخر سوى التحرى ربما يخاف على نفسه منه ، فأبيح له القتل قبل التعرف دليل آخر سوى التحرى ، واكتفى لإباحة القتل بمجرد التحرى ، وهذا كما قالوا : فيمن دخل دار إنسان شاهراً سيفه توقع فى غالب رأى^(١) صاحب الدار أنه قصد قتله يباح له قتله ، ويسقط عنه تعرف حاله لإباحة قتله أنه دخل داره ليقتله ، أو دخل ملتجئاً فكذا فى الحربى ، وإذا لم يتصف فعله بالحرمة لم يكن عمداً ، أما ههنا وجد القصد إلى القتل بالسلاح واتصف القتل بالحرمة ؛ لأنه لا يخلو إما أن علم أنه لا يحلّ له التفرد بالقتل دون صاحبه ؛ لأن الثابت له فى نفس القاتل نصف الملك ، أو لم يعلم أو اشتبه ذلك عليه ، فإن علم أنه لا يحلّ له التفرد بالقتل كان القتل حراماً ، وإن لم يعلم أو اشتبه عليه لا يباح له الإقدام على القتل بمجرد التحرى ، ولزمه التعرف بدليل آخر فوق التحرى ؛ لأنه لو أمر بالتعرف بدليل آخر فوق التحرى لا يخاف على نفسه ، ولا يخاف فوت حقه ، فلا تثبت الإباحة بنفس التحرى قبل التعرف ، وإذا كان القتل حراماً فى الحالين وكان قاصداً إلى القتل كان عمداً محضاً إلا أنه يسقط القصاص لنوع شبهة من الوجه الذى ذكرنا ، فوجب دية كاملة فى ماله ، وإذا وجبت دية كاملة فى ماله ذكر محمد رحمه الله فى الكتاب أنه يحتسب له من ذلك ، نصف الدية ، وذلك حصته من دم المقتول الأول ، ويؤدى النصف الآخر إلى ورثة المقتول الثانى ، ولم يفصل الجواب تفصيلاً بينما إذا كان للمقتول الثانى مال آخر حاضر سوى ديته أو لم يكن ، قال مشايخنا : ما ذكر فى الكتاب محمول على ما إذا لم يكن للمقتول الثانى مال حاضر سوى الدية التى وجبت له على القاتل الثانى ؛ وهذا لأنه متى لم يكن له مال آخر سوى الدية يتأخر حق القاتل الثانى فى نصف الدية التى وجبت له على المقتول الثانى إلى أن يظهر له مال ، وإنما يظهر له المال متى حلّ أجل ديته ، فمتى حلّ الأجل وقعت المقاصة بين نصفى الدية ، ولزمه رد النصف الباقي إلى ورثة المقتول الثانى .

أما إذا كان للمقتول الثانى مال حاضر سوى الدية التى وجبت له على القاتل الثانى بقى نصف الدية ، فإنه لا يحتسب ما وجب للمقتول الثانى من نصف الدية على القاتل

(١) وفى ظ : " تغلب على صاحب الدار " .

الثانى من نصف دية وجبت للمقتول الثانى على القاتل الثانى^(١)؛ وذلك لأن ما وجب للقاتل الثانى على المقتول الثانى من نصف الدية بعفو صاحبه، وإن كان مؤجلاً بثلاث سنين إلا أنه لما مات المقتول الثانى الذى له الأجل حل الأجل بموت، وما وجب للمقتول الثانى من كمال الدية على القاتل الثانى مؤجل؛ لأن من له الأجل وهو القاتل الثانى حتى فى الحال، والحال لا يصير قصاصاً بالمؤجل، فيؤدى من مال المقتول الثانى نصف الدية للقاتل الثانى، ثم يأخذ ورثة المقتول الثانى من القاتل الثانى دية المقتول الثانى متى حل الأجل، فيجب أن يكون الجواب على هذا التفصيل إلا أن محمداً رحمه الله ذكر جواب أحد الفصلين، ولم يذكر جواب الفصل الآخر.

١٩٠٨٥- هذا الذى ذكرنا كله إذا قتل الساكت القاتل ولم يعلم بعفو صاحبه، فأما إذا علم، ثم قتل إن لم يعلم بالحرمة وقال: ظننت أن قتله يحل لى فإنه لا يقتل؛ لأنه اشتبه عليه ما يشبه مثله، فإنه قاس هذا على سائر الحقوق المشتركة بين اثنين من الديون، ونحوه إذا استوفاه أحدهما، أو أبطل أحدهما حصّة نفسه لا يبطل على الآخر حق الاستيفاء، وقد اشتبه على عمر رضى الله عنه هذا مع جلال قدره فى العلم حتى شاور ابن مسعود رضى الله عنه فى ذلك، ومن اشتبه عليه ما يشبه مثله، فإنه يعذر فى درءه ما يدرأ بالشبهات، هذا كما قالوا: فيمن وطئ جارية من لا تقبل شهادته له، وقال: ظننت أنها تحل لى، فإنه يعذر ولا يحد؛ لأنه اشتبه عليه ما يشبه مثله، فإنه قاس هذا على الشهادة، فإنه فى حق الشهادة جعل مال المشهود له كمال الشاهد، فحسب أنه فى الوطء يكون مال صاحبه كماله، فيعذر فى درأ ما يدرأ فى الشبهات، فكذلك هذا، فسقط القصاص، ولكن تجب الدية فى ماله؛ لأنه عمد، فإنه قصد القتل بالسلاح، واتصف قتله بالحرمة على ما بينا إلا أنه سقط القصاص لشبهة الاشتباه، ولو سقط لشبهة ملك كما فى الأب بقتل ابنه تجب الدية فى ماله، ففى شبهة الاشتباه أولى وإنه دون شبهة الملك.

فأما إذا علم بالحرمة فإنه يقتل سواء قضى القاضى بسقوط القصاص فى نصيب الساكت أو لم يقض، وقال الشافعى رحمه الله: إن قضى القاضى بسقوط القصاص، فإنه يقتل، وإن لم يقض لا يقتل، وذهب فى ذلك إلى أنه فصل مجتهد فيه، فإن فى قول

(١) هكذا فى ظ وف، وكان فى الأصل وم: "على القاتل الثانى بقى نصف الدية، وذلك".

بعض أهل المدينة وهو أحد قولي البتي عنه : إن للساكت أن يقتل القاتل بعد عفو صاحبه ، فإذا كان فصلاً مجتهداً فيه ما لم يقض القاضى بسقوط القصاص فى حق الساكت حتى يصير مجمّعاً عليه يبقى شبهة إباحة القتل له بسبب اختلاف العلماء فى ذلك ، ونظير هذا ما قلتم فى المكاتب : إذا قتل عمداً عن وفاء وله مولى ووارث آخر ، فإنه لا يجب القصاص لاختلاف الصحابة فى ذلك ، فكذلك هذا .

وعلماءنا رحمهم الله قالوا : إن هذا عمد محض ، فيوجب القصاص قياساً على ما لو قضى القاضى بسقوط القصاص فى نصيب الساكت ، وإنما قلنا : عمد محض ؛ لأنه قصد القتل بالسلاح ، واتصف قتله بالحرمة متى قال : علمت بالحرمة ، وأما قوله : بأنه مجتهد فيه قلنا : لا عبرة لاختلاف المخالف فى هذه المسألة ؛ لأن الإجماع من الصحابة انعقد بخلاف قوله ، فلا يعتبر خلافه بمخالفة الإجماع ، فلا يورث شبهة هذا كما قالوا : فيمن أمسك رجلاً حتى قتله آخر عمداً ، ثم إن ولى القتل قتل الممسك كان على القاتل القصاص ، قضى القاضى بسقوط القصاص عن الممسك أو لم يقض ، وإن كان مالكا يقول : بأن الممسك يقتل أيضاً ؛ لأن الإجماع انعقد على خلافه ، فلم يورث قوله : شبهة لما كان بخلاف الإجماع ، فكذلك هنا .

١٩٠٨٦- وإذا قتل القاتل رجل أجنبى ، فإن كان القتل عمداً ، يجب القصاص ، وإن كان خطأ ، يجب الدية على عاقلته ؛ لأن عصمة دم القاتل إنما يسقط فى حق ولى القتل ، أما ما يسقط فى حق الأجنبى فصار الأجنبى قاتلاً شخصاً معصوماً ، فإن قال ولى القتل بعد ما قاتله الأجنبى : كنت أمرته بقتله ، ولا بينة له على ذلك لا يصدق ؛ لأنه حكى أمراً لا يملك استثنائه ، فلا يصدق به إلا بينة ، فرق بين هذا وبينما إذا حفر بئراً فى دار غيره ووقع فيها إنسان ، فقال صاحب الدار : كنت أمرته بذلك ، فإنه يصدق بغير بينة حتى لم يجب على الحافر ضمان المقتول فى البئر ، وقد حكى ما لا يملك استثنائه ؛ لأنه لا يملك استثناف الحفر فى المحفور كما لا يملك استثناف القتل فى المقتول ، والفرق أن فى مسألة الحفر إن حكى ما لا يملك استثنائه باعتبار الحفر ؛ لأن حفر المحفور لا يتصور حكى ما يملك استثنائه باعتبار حكم الحفر ؛ لأن من حكم الحفر الحاصل فى ملك الغير بغير إذن صاحب الملك وجوب كبس البئر على الحافر وإصلاحه ، صاحب الدار يملك إسقاط هذا الحكم عن الحافر للحال ، ألا ترى أنه لو قال : أبرأتك عن ضمان الحفر صحّ

الإبراء، فهو معنى قولنا: حكى ما يملك استثنافه باعتبار الحكم، والمقصود من السبب الحكم، فيصدق فيما حكى لهذا المعنى، وأما فى القتل حكى ما لا يملك استثنافه لا باعتبار القتل ولا باعتبار حكمه، فإن حكم هذا القتل وهو الضمان لولى المقتول الثانى لا لولى المقتول الأول، ألا ترى أن ولى المقتول الأول لو أبرأ الأجنبى عن ضمان هذا القتل لا يصح، فإذا حكى ما لا يملك استثنافه فى الحال أصلاً لا يصدق فيه إلا بيّنة.

١٩٠٨٧- وإذا أمر الرجل غيره أن يقتله فقتله بسيف، فلا قصاص فيه عندنا خلافاً لزفر رحمه الله، فوجه قوله: إنه لا عبرة للأمر فى هذا الباب، فإنه لا يؤثر فى الإطلاق بحال فسقط موجب الأمر، وصار كأنه لم يوجد وجه قول علماءنا: إن الفعل إذا حصل عن أمر كان مضافاً إلى الأمر، فلأن^(١) يسقط موجب الأمر بالشرع بقى حكم الحقيقة، فأورث شبهة فسقط به القصاص، ولا يلزمه الدية فى إحدى الروايتين عن أبى حنيفة رحمه الله، وهو قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله، وهذا لأن الدية إنما تجب حقاً للمقتول، ألا ترى أنه يقضى منه ديونه وينفذ وصاياه، وإذنه مؤثر فى إسقاط ما يجب له كالإذن فى إتلاف المال.

ولو أمره أن يقطع يده أو يفتق^(٢) عينه ففعل فلا شىء عليه؛ لأن الحق يجب له، فيؤثر إذنه فى إسقاطه، ولو قال: اقتل عبدى، أو اقطع يده ففعل فلا ضمان.

ولو قال: اقتل أخى وهو وارثه، قال زفر رحمه الله: يجب القصاص، وهو القياس؛ لأنه غير مالك لدم أخيه، فلا يتعلق بإذنه حكم، ولأن على أصله لو أمره أن يقتله يجب القصاص، فهنا أولى، وأبو حنيفة رحمه الله استحسن، فقال: يؤخذ الدية من القاتل؛ لأن القصاص لو وجب للأخ، فإذا أذن له فى السبب صار ذلك شبهة، فسقط القصاص ووجب المال.

وروى أبو يوسف عن أبى يوسف رحمهما الله فيمن أمر إنساناً أن يقتل ابنه فقتله، قتل به، ويحتمل أن يكون هذا على جواب القياس، ولو أمره أن يشجّه فشجّه لا شىء عليه، فإن مات منها كانت عليه الدية.

(١) وفى م: "فلئن".

(٢) هكذا فى الأصل، وكان فى غيره: "يقعا عنه".

قال أبو الحسن : هذا على أصل أبي حنيفة رحمه الله ؛ لأن أمره بالشج لا يكون أمراً بالنفس كما لا يكون إبراءه عن الشجة إبراء من النفس إلا أنه سقط القصاص للشبهة .

وروى ابن سماعة عن محمد رحمه الله فيمن أمر إنساناً أن يقطع يده ففعل فمات منها فليس على قاطعه شيء ، ولا يشبه هذا العفو عن الشجة على قول أبي حنيفة رحمه الله ، فإن عنده إذا عفا عن الشجة ولم يقل : وما يحدث منها فمات فعليه الدية ، وهذا الذي رواه محمد رحمه الله مخالف لما رواه أبو يوسف رحمه الله ، وسيأتى بعض هذه المسائل في الفصل الثاني عشر - إن شاء الله تعالى - .

الفصل الثالث

فى بيان أصناف الدية

١٩٠٨٨- يجب أن يعلم أن الدية فى قتل الخطأ عند أبى حنيفة من ثلاثة أنواع من الدراهم والدنانير والإبل ، فمن الدراهم عشرة آلاف درهم ، ومن الدنانير ألف ، ومن الإبل مائة ، عرف هذا التقدير بأثر رسول الله ﷺ^(١) وبإجماع الصحابة ، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله : الدية من هذه الأصناف الثلاثة ومن الحلل ومن البقر والغنم ، من الحلة مائتان ، ومن البقر كذلك ، ومن الشاة ألفان .

هكذا ذكر فى ديات الأصل ، وفائدة هذا الاختلاف إنما تظهر فيما إذا صالح القاتل مع وليّ القتيل على أكثر من مائتى حله أو من مائتى بقرة أو من ألفى شاة على قول أبى حنيفة رحمه الله على ما هو المذكور فى كتاب الديات يجوز كما لو صالح على أكثر من مائتى فرس ، وعلى قولهما : لا يجوز كما لو صالح على أكثر من مائة إبل .

وذكر هذه المسألة فى كتاب المعاقل ، وقال على قول أبى حنيفة رحمه الله : لا يجوز الصلح على أكثر من مائتى حله كما هو قولهما ، ولولا أنها من جنس الدية عنده لجاز الصلح على أكثر من مائتى حلة كما جاز الصلح على أكثر من مائتى فرس ، بعد هذا قال بعض مشايخنا : فى المسألة روايتان عن أبى حنيفة رحمه الله على رواية كتاب الديات الدية عنده من ثلاثة أنواع ، وعلى رواية كتاب المعاقل الدية عنده من ستة ، وبعضهم قالوا : ما ذكر فى الديات قوله الآخر ، وما ذكر فى المعاقل قوله الأول .

وجه ما ذكر فى المعاقل عن أبى حنيفة رحمه الله وهو قولهما حديث عمر رضى الله عنه ، فإنه جعل الدية من الأنواع الستة ، والمروى عنه كالمروى عن رسول الله ﷺ ؛ لأن هذا من باب المقادير ، وإنها لا تعرف إلا سماعاً وتوقيفاً .

(١) أخرجه أبو داود فى "سننه" ١٨٤/٤ حديث (٤٥٤٣) وابن ماجه فى "سننه" ٨٧٨/٢ حديث (٢٦٣٠) وعبد الرزاق فى "مصنفه" ٢٩١/٩ حديث (١٧٢٥٧) والنسائى فى "الكبرى" ٢٣٣/٤ حديث (٧٠٠٤) والبيهقى فى "الكبرى" ٧٨/٨ حديث (١٥٩٥٤) .

وروى جابر رضى الله عنه أن رسول الله ﷺ أوجب على أهل الإبل مائة من الإبل، وعلى أهل الحلة مائتي حلة، وعلى أهل البقرة مائتي بقرة، وعلى أهل الشاة ألفى شاة^(١)، وجه ما ذكر في كتاب الديات أننا لو خيلنا والقياس، لكننا نقول: لا تكون الدية إلا من الدراهم والدنانير؛ لأن المتلف متى لم يضمن بالمثل من جنسه يكون مضموناً بالدراهم والدنانير كما في الأموال إذا أتلّف مالا مثل له من جنسه، ولكن تركنا القياس، وأوجبنا الإبل لاتفاق الأخبار وإجماع الناس على ذلك، ولا إجماع في الحلة والبقرة والشاة، فيعمل فيها بقضية الأصل، ثم لا يجب الإبل كلها من سن واحد بل من أسنان مختلفة، ففي الخطأ المحض تجب المائة أخماساً عشرون ابنة مخاض وعشرون ابن مخاض وعشرون ابنة لبون وعشرون حقة وعشرون جذعة، عرف ذلك بأثر ابن مسعود رضى الله عنه، وفي شبه العمد تجب المائة أرباعاً عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله خمسة وعشرون ابنة مخاض وخمسة وعشرون ابنة لبون وخمسة وعشرون حقة وخمسة وعشرون جذعة، وهو قول ابن مسعود رضى الله عنه، وفي قول محمد رحمه الله: تجب المائة أثلاثاً ثلاثون حقة وثلاثون جذعة وأربعون حقة في بطنها أولادها وهو قول عمرو زيد بن ثابت وأبي موسى الأشعري رضى الله عنهما، ومحمد رحمه الله رجح قول هؤلاء على قول ابن مسعود رضى الله عنه؛ لأنه يوافق موضوع دية شبه العمد، فإن موضوع دية شبه العمد على التغليظ، وفيما قالوا: زيادة تغليظ ليس فيما قال ابن مسعود رضى الله عنه، فكان الأخذ بقولهم^(٢) أولى، وأبو حنيفة رحمه الله رجح قول ابن مسعود رضى الله عنه؛ لأنه موافق لما روى الزهري عن ثابت ابن زيد رضى الله عنه أنه قال: كانت الدية على عهد رسول الله ﷺ مائة من الإبل أرباعاً وخمسة وعشرون ابنة مخاض وخمسة وعشرون بنت لبون وخمسة وعشرون حقة وخمسة وعشرون جذعة، ولم يرد بذلك دية الخطأ المحض؛ لأنه لم يشرع أرباعاً بالإجماع^(٣)، علمنا أنه أراد به شبه العمد؛ ولأن الأقل متيقن، فإنه ثابت بالإخبار كلها، وفي الزيادة تعارضت الأخبار فثبت المتيقن لا تثبت الزيادة بالشك.

(١) والحديث لم يوجد.

(٢) وفي ظ: "بهم" مكان: "بقولهم".

(٣) هكذا في ظ وف وم، وكان في الأصل: "لإجماع علماء أنه".

ثم بين المشايخ اختلاف أن الأصل في باب الدية ماذا؟ ذكر القدوري عن البلخي أنه كان يقول: الأصل هو الإبل، فهو الواجب بدلا عن النفس عندنا، والذهب والفضة بدلها، وهو أحد قول الشافعي رحمه الله، وبه كان يقول أبو بكر الرازي، ثم رجع، وقال: الكل أصول وجب بدلا عن النفس، وهو ظاهر مذهب أصحابنا.

حجة من قال: الأصل هو الإبل، والذهب والفضة بدلها أن المتلف واحد يجب أن يكون مضموناً بضمان واحد قياساً على المال، وأجمعنا على أنه مضمون بالإبل، فلا يكون مضموناً بالدرهم والدنانير كيلا يلزمنا مخالفة القياس، والدليل عليه قوله عليه السلام: «في النفس المؤمنة مائة من الإبل»^(١)، فقد أوجب الإبل ولم يتعرض للدرهم والدنانير، والدليل عليه ما روى عن الزهري أنه قال: كانت الدية على عهد رسول الله ﷺ مائة من الإبل، وكذا على عهد أبي بكر رضي الله عنه، وفي صدر من عهد عمر رضي الله عنه، فلما غلت الإبل أى عزت^(٢) جعلت الدية من الدراهم، فقد أخبر أن الدية كانت إبلا في الأصل، وإنما صير إلى الدراهم عند العجز عن الإبل، وإذا ثبت أن الإبل هو الأصل لا يجوز للقاتل ولا للعاقلة أن يؤدي الدراهم مع القدرة على الإبل إلا برضى ولي القتل، وعند العجز عن أداء الإبل يقضى القاضى بالدراهم أو بالدنانير باعتبار قيمة الإبل، وإن زادت قيمة الإبل على عشرة آلاف درهم أو على ألف دينار.

وحجة من قال: بأن هذه الأشياء كلها أصول ما روى عن عمر رضي الله عنه أنه لما دون الدواوين جعل على أهل الإبل مائة من الإبل، وعلى أهل الذهب ألف دينار، وعلى أهل الورق عشرة آلاف درهم، والمروى عن عمر رضي الله عنه كما مروى عن رسول الله ﷺ؛ لأن الباب باب المقادير، فقد قدر الدية من الذهب والفضة كما قدر من الإبل، فهذا دليل على أن الكل أصول وأن الذهب والفضة بدل عن النفس كالإبل.

فإن قيل: احتمال^(٣) أن يكون بدلا عن النفس كالإبل، واحتمل أن يكون بدلا عن الإبل، فيجعل بدلا عن النفس حتى لا تصير النفس مضموناً بالبدل، وإنه خلاف

(١) وتخريجه قد مضى.

(٢) هكذا في ظوف وم، وكان في الأصل: "عسرت".

(٣) هكذا في ظوف وم، وكان في الأصل: "احتمل أن عمر رضي الله عنه جعل الدراهم والدنانير بدلا عن النفس، واحتمل أنه جعلنا بدلا عن الإبل، فيجعل... إلخ".

القياس .

والجواب عنه أن الأمر كما قلت احتمل أن يكون بدلا عن النفس واحتمل أن يكون بدلا عن الإبل، فإن كان بدلا عن الإبل جازت الزيادة والنقصان باعتبار الغلاء والرخص، وإن كان بدلا عن النفس لم تجز الزيادة والنقصان كما في الإبل، فلا يثبت الزيادة والنقصان عما قدره الشرع بالشك والاحتمال، وأما الحديث الذي روى قلنا: في الحديث أن الإبل بدل عن النفس، وليس فيه أن الدراهم والدنانير ليس ببدل بل هو مسكوت عنه، والمسكوت عنه يتوقف على قيام الدليل، وقد قام الدليل على أن الذهب والفضة بدل عن النفس كالإبل، وهو ما روينا، أما تعلقه بحديث عمرو ابن شعيب، فهو محمول على أنه كان الفعل ذلك بعد ما وقع القضاء بالإبل، واستقر وجوب الإبل، وعندنا إنما يكون الفضة والذهب بدلا عن النفس قبل القضاء بالإبل، فأما بعد القضاء بالإبل فالذهب والفضة تجب بدلا عن الإبل، فيجب بقدر الغلاء والرخص حينئذ، فيحمل على هذا، فيكون توفيقا بين الأخبار .

أما قوله: لو جعلنا الذهب والفضة بدلا عن النفس كان في هذا إيجاب أبدال مختلفة بمقابلة مضمون واحد، وإنه مخالف للقياس، قلنا: ومتى لم نجعله بدلا عن النفس كان في ذلك مخالفة للقياس من وجه آخر، فإن قضية القياس أن المتلف إذا لم يكن مضموناً بالمثل من جنسه يكون مضموناً بالدراهم والدنانير، فاستويا في مخالفة القياس، وترجح ما قلنا؛ لما فيه من تقدير المقدّر بالشرع ومنعه من الزيادة والنقصان .

١٩٠٨٩- وفي "نوادير ابن سماعه" عن محمد رحمه الله: إذا كان القاتل من أهل الإبل أو الحلل، وقضى القاضى عليه بمائة من ذلك، ثم صالح بعد ذلك عشرة آلاف درهم مما قضى به عليه، وقيمة ذلك أقل من عشرة آلاف لم يجز الفضل على قيمته من قبل أنه لو أعطاه قيمة ذلك، لم يقدر الولي على رده .

وذكر في "المنتقى": إذا قضى على أصحاب الإبل بالإبل، فصالح ولّى الدم على أكثر من عشرة آلاف درهم، قال: إذا كان مما يتغابن الناس في مثله، فهو جائز، وإن كان مما لا يتغابن الناس في مثله لا يجوز .

١٩٠٩٠- وفي "نوادير إبراهيم ابن رستم" عن محمد رحمه الله: في الدية على

أهل الغنم ألف شاة قال أبو حنيفة رحمه الله: كلها ثنيات من الضأن والمعز، وقال محمد رحمه الله: والثنيات من المعز والجذع من الضأن كل شيء يجزى في الأضحية يؤخذ في الدية، ولا يلتفت إلى القيمة إن زادت على عشرة آلاف درهم، وقال: أقضى على أهل الحلل بمائتي حلة، كل حلة قيمتها خمسون درهماً، وعلى أهل البقر بمائتي بقرة، كل بقرة قيمتها خمسون درهماً.

١٩٠٩١- وفي "نوادير هشام" قال: سألت محمداً عن يجب عليه في الدية ألف دينار هل له أن يعطى مكانها عشرة آلاف درهم والطالب يأبى ذلك؟ قال: لا إلا أن يعطيه ألف دينار أو قيمتها عشرة آلاف درهم، وكذلك إن وجب عليه إبل أو بقر أو غنم لم يكن له أن يعطى مكانها عشرة آلاف درهم إلا أن يكون القاتل قد تحول من أصحاب الإبل، فصار من أصحاب الورق، أو تحول من البادية وصار في المدينة.

والصبي كالبالغ في دية النفس، ودية المرأة في النفس على نصف دية الرجل حتى إن المرأة إذا قتلت خطأ يجب من الإبل خمسون، ومن الدراهم خمسة آلاف ومن الدنانير خمسمائة، عرف ذلك بالآثار المشهورة وإجماع الأمة ونوع من القياس، وهو القياس على الشهادة والميراث، فقد أقيم كل امرأة مقام نصف رجل في الميراث والشهادة، فكذا في الدية، ودية نصف الرجل من الإبل خمسون، من الدراهم خمسة آلاف ومن الدنانير خمس مائة، فكذا دية المرأة ودية الذمي والمستأمن كتابياً كان أو مجوسياً ودية المسلم سواء.

وروى الهيثم بن أبي الهيثم أن رسول الله ﷺ قال: «دية المعاهد مثل دية المسلم الحر»^(١)، وروى الزهري أن أبا بكر وعمر وعثمان رضى الله عنهم كانوا يجعلون دية اليهودي والنصراني مثل دية المسلم، وعن علي رضى الله عنه: "أنه قال: إنما أعطيناهم الأمان ليكون دماءهم كدماءنا وأموالهم كأموالنا" - والله تعالى أعلم -.

(١) أخرجه الطبراني في "الكبير" ٣٥٠/٩ حديث (٩٧٣٨) وابن أبي شيبة في "مصنفه" ٤٠٦/٥ حديث (٢٧٤٤) والدارقطني في "سننه" ١٤٩/٣ حديث (٢٠٣) وعبد الرزاق في "مصنفه" ١٠/٩٧ حديث (١٨٤٩٦) وذكره الهيثمي في "مجمع الزوائد" ٢٩٩/٦.

الفصل الرابع

فى الجنائيات على ما دون النفس ما يجب فيه القصاص وما يجب فيه الدية

هذا الفصل يشتمل على أنواع :

الأول: فى الشجاج:

١٩٠٩٢- واعلم بأن أولها الخارصة : وهى التى تشقّ الجلد، مأخوذ من قولهم : خرس القصار الثوب إذا شقّه بالدق، زاد الطحاوى ولا يدميه، ثم الدامية : وهى التى تخدش الجلد وتدميه ولا يسيل، هكذا ذكر الطحاوى، وذكر شيخ الإسلام وهى التى تقشر الجلد وتدميه، سواء كان سائلاً أو غير سائل، ثم الدامعة : وهى التى تدمى وتسيل الدم، هكذا ذكر الطحاوى فى كتابه، وذكر شيخ الإسلام هى التى تسيل الدم أكثر ما يكون فى الدامية من السيلان، مأخوذ من دمع العين، وكأنها سميت بهذا الاسم ؛ لأن الألم يصل إلى صاحبها، فتدمع عيناه [لما يجد من الألم]^(١)، ثم الباضعة : وهى التى تبضع اللحم أى يقطعه، قال شيخ الإسلام : ولا تنتزع شيئاً من اللحم، ثم المتلاحمة : وهى التى تقطع اللحم، وتنتزع من اللحم شيئاً، ثم السّمحاق : وهى التى تقطع اللحم، وتبدي الجلد التى بين اللحم والعظم، ثم الموضحة : وهى التى تقطع الجلد التى بين اللحم والعظم، وتوضح العظم، ثم الهاشمة : وهى التى تهشم العظم أى تكسره، ثم المنقلة : وهى التى تنقل العظم من موضع إلى موضع، ثم الآمة : وهى التى تصل إلى أم الدماغ، وهى جلدة تحت العظم فوق الدماغ، ثم الدامغة : وهى التى تقطع تلك الجلد، وتصل إلى الدماغ .

وأما أحكامها : ففى الموضحة إذا كانت عمداً القصاص بلا خلاف لقوله تعالى : ﴿وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ﴾^١ وأمكن استيفاء القصاص فى الموضحة ؛ لأن القصاص عبارة عن

(١) هكذا فى "م" و"ف"، وكان فى الأصل : بسبب ما يحدث من الألم .

المساواة، ويمكن اعتبار المساواة؛ لأنه يحتاج فيه إلى كسر العظم، وفيما يعد الموضحة من الهاشمة والمنقلة وغيرهما لا قصاص بالإجماع، وإن كانت عمداً لأنه لا يمكن اعتبار المساواة وفيما قبل الموضحة، روى الكرخي عن أصحابنا: أنه القصاص وإن كانت عمداً، وبه أخذ بعض مشايخنا، وذكر محمد رحمه الله في "الأصل": أنه يجب وبه أخذ عامة المشايخ، وجه ما ذكره الكرخي: أن القصاص فيما دون النفس يقف على المساواة في القيمة، ولا يعرف المساواة في هذا الشجاج من طريق الإحاطة واليقين، وإنما تعرف بالتقويم والحزر والظن.

وجه ما ذكر في "الأصل" ما تلونا من النص، وذكرنا من المعنى أن استيفاء القصاص في هذه الشجاج ممكن؛ لأن اعتبار المساواة فيها ممكن، إذ ليس فيه كسر عظم، ألا ترى أن الموضحة إذا كانت عمداً، يجب منها القصاص، وإنما وجب؛ لما قلنا.

حكى عن بعض المشايخ: أن طريق استيفاء القصاص في هذه الشجاج على رواية "الأصل" أن يقدر غور^(١) الجراح بمسمار، ثم يعمل على حديد على قدره، فينفذ في اللحم... إلخ، فيستوفي منه مثل ما فعل كالموضحة، وقولهم: بأن المساواة في القيمة شرط، قلنا: المساواة في القيمة إنما يعتبر في الأطراف، أما فيما دون الأطراف من الجراحات فلا، وهذا لأن قضية القياس في الأطراف أن يعتبر المساواة في الأجزاء، ولا يعتبر المساواة في القيمة؛ لأن المستوفي بالقصاص الأجزاء لا غير، لكن عرفنا المساواة في القيمة بالنص، وهو حديث عمران بن الحصين رضي الله عنه، والنص الوارد باعتبار المساواة في القيمة في الأطراف، وأمر الأطراف أهم؛ لأن في قطع الأطراف تقوية المنفعة، وإلحاق الشين لا يكون وارداً في هذه الشجاج، وفيه إلحاق الشين دون قطع المنفعة، فيرد هذه الشجاج إلى ما يقتضيه القياس.

فإن قيل: إذا سقط اعتبار المساواة في القيمة في الجراحات، ينبغي أن يجرى القصاص بين الرجل والمرأة في هذه الجراحات، وقد نص محمد رحمه الله: أنه لا يجرى القصاص بين النساء والرجل فيما دون النفس.

قلنا: في الأطراف إنما لم يجر القصاص بين الرجال والنساء لعلتين: إحداهما:

(١) هكذا في "م" و"ف"، وكان في الأصل: تمور.

أن المساواة فی القيمة شرط ، ولم یوجد ، والثانی أن الذکر مع الأنثی جنسان مختلفان ، وفی السّمحاق والباضعة إن کان لا یمنع جریان القصاص بین الذکر والأنثی لفوات المساواة فی القيمة قطعاً ، وبقینا یمنع جریان القصاص ؛ لأنهما جنسان مختلفان ، واختلاف الجنس فیما دون النفس مانع من جریان القصاص إن کان لا یمنع فی النفس ، فی کل ما ذکرنا من الشّجاج أنه لا یجب القصاص ، فحکمها وحکم الخطأ سواء ، فیجب فیها إذا كانت عمداً ما یجب فیها إذا كانت خطأً ، وبیان ذلك یأتی بعد هذا إن شاء الله تعالی ، هذا الذی ذکرنا بیان حکم الشّجاج إذا كانت عمداً .

١٩٠٩٣ - جئنا إلى بیان حکمها إذا كانت خطأً ، ففیما قبل الموضحة من الشّجاج ألیست تجب حکومت العدل ، وقد اختلف المشایخ فی تفسیرها ، قال بعضهم : ینظر إلى قدر ما یحتاج إلیه من النفقة إلى أن یرأ مثل هذه الجراحة ، فیجب علی الجانی ذلك ، فإن عرف القاضی مقدار ما یحتاج إلیه من النفقة إلى أن تبرأ مثل هذه الجراحة أوجب ذلك القدر علی الجانی ، وإلا سأل من له علم بذلك من الأطباء ، قالوا : وهذا لا یقوی ؛ لأنّ الناس مما یتفاوتون فی ذلك فمنهم من یرأ بطلاً براء ، ومنهم من یرأ أسرع براء ، فالتقدير بمقدار ما یحتاج إلیه مثل هذه الجراحة من النفقة مما لا یعرف فی کل إنسان لتفاوت الناس فی ذلك ، والطحاوی یقول : إن حصل البرء بدواء ضمن قيمة الدواء ، أو ساعده علی ذلك بعض العلماء .

وقال مشایخ بلخ : التقدير فی ذلك أن ینظر إلى المجنی علیه لو کان عبداً کم ینقص ذلك من قیمته ، فیوجب مقدار ذلك من دیتة إن کان ینقص عشر القيمة أوجب عشر الدیة ، وإن کان ینقص نصف عشر القيمة أوجب نصف عشر الدیة ، وتفسیر هذا وهو أن ینظر إلى قيمة المجنی علیه لو کان عبداً من غیر جراحة کم قیمته ، وبعد الجراحة کم قیمته ، فإن کان قیمته من غیر جراحة یبلغ ألفاً یقوم مع الجراحة لو کان عبداً کم قیمته ، فإن کان قیمته تسع مائة علمت أن الجراحة أوجب نقصان عشر قیمته ، فأوجب عشر الدیة ؛ لأن قيمة الحر دیة ، وبه أخذ شمس الأئمة الحلوانی ، وإنه روى عن أبی یوسف ومحمد رحمهما الله علی نحو ما بینا ، ولكن قالوا : هذا التقدير لا یقوی ؛ لأنّ جراحت العبد لا تشبه جراحت الحر ؛ لأن الحر إذا شجّ موضحة صغيرة أو كبيرة فهما سواء ، ویجب فی الحالین نصف عشر الدیة ، وإذا شجّ المملوك موضحة صغيرة یجب

فيه أقل مما يجب فى الكبيرة، والدليل عليه حديث على رضى الله عنه فى الذى قطع طرف لسان الرجل لم يعتبره بالعبيد، بل اعتبره بالحروف المعجمة، ولو كان الاعتبار بالعبيد لأعبر ذلك.

وقال بعضهم: حكومة العدل أن ينظر إلى مقدار هذه الجراحة من أقل الجراحة التى لها أرش مقدر، فإن كان مقدارها من تلك الجناية التى لها أرش مقدر نصفها وجب أرش نصف تلك الجراحة، وإن كان ثلثها يجب أرش ثلث تلك الجناية، وعلى هذا القياس -فافهم-، وأقل الجراحة التى لها أرش مقدر الموضحة وفيها خمس من الإبل، فإن كانت هذه الجناية مثلاً باضعة فإنه ينظر كم مقدار الباضعة من الموضحة، فإن كان مقدارها منها ثلث الموضحة وجب ثلث أرش الموضحة، وإن كان ربع الموضحة يجب ربع أرش الموضحة، وإن كانت ثلاثة أرباع الموضحة يجب ثلاثة أرباع أرش الموضحة.

قال شيخ الإسلام: وهذا هو الأصح لحديث على رضى الله عنه، فإنه اعتبر حكومة العدل فى الذى قطع طرف لسانه بهذا الاعتبار، ولم يعتبر بالعبيد، ومنهم من قال: ينظر إلى أرش ذلك العضو بكماله، وإلى ما نقصته تلك الجراحة، فيجب بذلك القدر من أرش العضو، هذا إذا بقى للجراحة أثر، فأما إن لم يبقَ لها أثر، هل يجب فيها شيء؟ ذكر هذا الفصل فى غير رواية الأصل، وذكر فيه خلافاً، فقال على قول أبى يوسف رحمه الله: لا شيء^(١) عليه، وعلى قول محمد رحمه الله: يلزمه قدر ما أنفق إلى أن يبرأ.

هكذا ذكر شيخ الإسلام، ومحمد رحمه الله يقول: أزال هذا القدر من مال المجنى عليه بجنائته بغير حق، فكان للمجنى عليه أن يرجع عليه بذلك كالشاهد إذا شهد على غيره بمال، ثم رجع عن شهادته، فإنه يضمن قدر المشهود به، وطريقه ما قلنا.

ولأبى يوسف رحمه الله: أنه إذا لم يبقَ للجراحة أثر صار وجودها والعدم بمنزلة، فكانه لطمه لطمه، وهناك لا يلزمه شيء سوى التعزير، كذا هنا، وما يقول: بأن الجانى أزال قدر النفعة عن مال المجنى عليه فاسد؛ لأن الجانى كان مختاراً فى الإنفاق، ولم

(١) هكذا فى ظوف وم، وكان فى الأصل: "لا يجب عليه شيء".

يكن مضطراً في ذلك^(١) بخلاف المشهود عليه؛ لأنه كان مضطراً في أداء المال، فإنه متى لم يؤده حبسه القاضى .

فإن قيل: المجنى عليه كان مضطراً في الإنفاق على الجراحة، فإنه يخاف السراية لو لم يعالج .

قلنا: خوف السراية لا يثبت الاضطرار؛ لأن السراية موهومة، ولا يثبت الاضطرار بالموهوم .

وفى الموضحة نصف عشر الدية خمس من الإبل، وفى الهاشمة عشر الدية عشر من الإبل، وفى المنقلة عشر الدية ونصف عشرها، وذلك خمس عشر من الإبل، وفى الآمة ثلث الدية، وفى هذا كله إذا برئ، ولم يبق لها أثر لا يجب شيء إلا عند محمد رحمه الله، فإنه قال: يجب مقدار ما أنفق إلى أن يبرأ، هكذا ذكر شيخ الإسلام، وفى نوادر بشر عن أبى يوسف رحمه الله رجل شجّ رجلاً موضحة، فبرأت، ونبت الشعر، قال أبو حنيفة رحمه الله: ليس عليه شيء، وقال أبو يوسف رحمه الله: عليه الأرش كاملاً، وإن برأت ولم ينبت الشعر، فعليه الأرش فى قولهم جميعاً .

١٩٠٩٤- وفى "العيون": شجّ رجلاً موضحة فبرأت ونبت الشعر فالقياس أن لا يجب شيء، وهو قول أبى حنيفة رحمه الله، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: يستحسن أن يجعل عليه حكومة عدل مثل أجره الطبيب، وكذا كل جراحة برأت، وذكر القدورى أن أجره الطبيب قول محمد رحمه الله، وقال أبو يوسف: عليه حكومة عدل فيما لحقه من الألم .

١٩٠٩٥- وفى "العيون": شجّ رجلاً منقلة، فبرأت حتى لم يبق لها أثر، فلا شيء عليه ما خلا ثمن الأدوية، والذي عاجلها به، وهو رواية عن أبى يوسف، وعند أبى حنيفة رحمه الله: لا يجب شيء ولو برئ من أثر الشجة، وبقي شيء قليل، قال: إذا بقى شيء من أثرها بعد البرء وإن قلّ، فعليه أرش المنقلة؛ لأن الأرش إذا وجب لا يسقط إلا إذا زال سبب وجوبه من كل وجه .

فى "نواذر هشام" قال: سألت محمداً رحمه الله عن رجل شجّ رجلاً موضحة

(١) هكذا فى ظوف وم، وكان فى الأصل: "فى ذلك، وذلك بخلاف . . الخ"

عمداً، فداواها المجروح قبل أن يتخاصما إلى القاضى حتى برأت، ثم قامت البيّنة على الموضحة، وأثر الشجة من ذهاب الشعر، قال: أسأل البيّنة ما كان^(١) مقدار الموضحة، فإن قالوا: لانعلم مقدارها إلا أنها قد أوضحت عنه العظم، لم أقبل شهادتهم فى القصاص، ولكن أضمنه فى ماله خمسمائة، وإن ذهب من شعر الرأس عشرة، فعليه أرش ذلك، وتدخل الموضحة فيه.

ولم يذكر محمد فى الكتاب الدامغة؛ لأن الدامغة ما تصل إلى الدماغ، والآدمى لا يعيش معها، فكان قتلا، فلا معنى لذكرها فى الشجاج.

قال: ولا تكون الآمة إلا فى الرأس، أو فى الوجه فى الموضع الذى يخلص منه إلى الدماغ، معناه لا يجب حكمها؛ لأن الآمة ما بلغت الجلدة التى هى على الدماغ، وأما الموضحة والهاشمة والمنقلة فإن موضع هذه الشجاج الثلث^(٢) الرأس والوجه جميع المواضع منهما فى ذلك على السواء، حتى لو وجدت هذه الشجاج فى غيرهما من البدن يجب فيه حكومة عدل، والذقن من الوجه بلا خلاف، والعظم الذى تحت الذقن وهو اللحيان، فمن الوجه عندنا حتى لو وجدت هذه الشجاج الثلث فى اللحين كان لها أرش مقدر عندنا خلافاً لمالك رحمه الله حتى لو وجدت هذه الشجاج الثلاث فى غير الوجه والذقن واللحين فليس فيها أرش مقدر.

١٩٠٩٦- وفى الجائفة ثلث الدية، والجائفة ما يكون فى الجوف سميت بهذا الاسم؛ لأنه حصلت إلى الجوف، وإذا نفذ إلى الجانب الآخر ففيها ثلث الدية؛ لأنها تصوير جائفتان حيثنذ، به ورد الأثر عن رسول الله ﷺ، وقضى به أبو بكر رضى الله عنه بمحضر من الصحابة، ولا تكون جائفة، أى لا يجب حكمها إلا إذا كان على الصدر أو على البطن أو الظهر أو الجنين؛ لأن الجائفة ما يصل إلى الجوف ولا تكون جائفة على الوجه، وإن نفذت إلى الفم، وفيه حكومة عدل.

وذكر فى باب الشجاج من الإيضاح ما وصل من الرقبة إلى موضع لو وصل إليه الشراب كان مفطراً كان جائفة؛ لأن لذلك الموضع حكم الجوف وما فوقه، فليس

(١) وفى م: "بأن كان".

(٢) وفى م: "ثلث الرأس".

بجائفة .

قال فى "المنتقى" : وإن كان بين الأثنين والدبر حتى وصل إلى الجوف ، فهى جائفة ، وما قبل الموضحة فموضعها جميع البدن ، وليس فى شىء من الجراحات أرش مقدر إلا فى الجائفة ، ولا يقتص فى شىء من ذلك قبل البرء ، وكذلك لا يحكم بأرشها قبل البرء إذا كانت خطأ وفيه آثار ، ولأن من أصلنا فى العمد أنه لو مات منها وجب القصاص فى النفس دون الجراحة ، فلو استوفيا القصاص فى الحال فيها ، فقد استوفيناها مع أنا لانعلم أنه المستحق ، وهذا لا يجوز .

١٩٠٩٧- وفى الخطأ الجناية فيما دون النفس قد يوجب أكثر^(١) من الدية ، وإذا سرت أو جبت الدية ، فلو حكمنا بالأرش قبل البرء ، فقد استوفينا ما لم نعلم استحقاقه ، وإنه لا يجوز ، وقصاص الشجة يستوفى على مساحة الشجة فى طولها وعرضها ، وإذا كانت فى مقدم الرأس أو مؤخره أو وسطه أو جبينه^(٢) فعل مثل ذلك بالشاج فى ذلك الموضع من رأسه ، ولو شجه موضحة ، فأخذت ما بين قرنى المشجوج ، وهى لا تأخذ ما بين قرنى الشاج خير المشجوج إن شاء ، اقتص ، وبدأ من أى جانب أراد حتى يبلغ مقدار طول الأولى إلى حيث يبلغ ، ثم يكف ، وإن شاء أخذ الأرش ، وإن كانت تأخذ ما بين قرنى الشاج أيضاً ويفضل ، فإن شاء ، أخذ الأرش ، وإن شاء ، اقتص ما بين قرنى الشاج لا يزيد ، وإن كانت فى طول رأس المشجوج ، وهى تأخذ من جبهة الشاج إلى قفاه ، فإن شاء ، أخذ الأرش ، وإن شاء ، اقتص إلى مثل موضعها من رأسه ، ولا يزيد عليه ، وإن كان بين جبهة المشجوج ، ولم يبلغ من الشاج إلا إلى نصف ذلك ، فإن شاء ، أخذ الأرش ، وإن شاء ، اقتص مقدار شجته إلى حيث يبلغ ، ويبدأ من أى الجانبين شاء .

١٩٠٩٨- وفى "العيون" : أصلع ذهب شعره من كبر ، فشجّه رجل موضحة عمداً ، فعلى الشاج الأرش دون القصاص ؛ لأن موضحة الأصلع أهون ، فإن كان الشاج أصلع أيضاً وجب القصاص للمساواة ، وإن لم يكن الشاج أصلع ، لكن رضى أن يقتص منه ليس له ذلك ، وعليه الأرش كصحيح اليد يقطع يد الأشل ، ثم يرضى أن

(١) وفى م : "أقل من الدية" .

(٢) وكان فى الأصل : "جبينه" .

ج ٢٠- كتاب الجنايات - ٣٩ - الفصل ٤: جناية مادون النفس آفيه القصاص
يقتص منه لم يكن له ذلك، وتجب الحكومة.

فى "واقعات الناطفى": موضحة الأصلع أنقص من موضحة غيره، فكان الأرش
أنقص أيضاً، وفى الهاشمة يستويان؛ لأن الهاشمة كسر العظم، وعظم الأصلع وعظم
غيره على السواء، أما الموضحة شق الجلد، وجلد الأصلع أنقص رقة من جلد غيره،
فكان فيها حكومة عدل.

وفى "المتقى": شجّ رجلاً أصلع موضحة خطأ، فعليه للشجة أرش دون أرش
الموضحة فى ماله، وإن شجّه هاشمة، ففيها أرش دون أرش الهاشمة على عاقلته.

نوع آخر

فى شعر الرأس وغيره:

١٩٠٩٩- ولا قصاص فى شىء من الشعور؛ لأن القصاص عقوبة، والعقوبات
لا تثبت قياساً، وإنما تثبت نصاً أو استدلالاً بالمنصوص عليه، ولا نص فى الشعور ولا
إجماع، وتعدر الاستدلال بالمنصوص عليه؛ لأن النص إنما ورد فى الجراحات، قال الله
تعالى: ﴿وَالْجُرُوحُ قِصَاصٌ﴾^(١)، والشعور ليست فى معنى الجراحات؛ لأنه لا يحتاج
فى تفويته إلى الجراحة، والضرب لا يتوهم فيه السراية، كما يتوهم فى الجراحات،
وليس فيه إهانة ذى روح كما فى الجراحات؛ لأنه لا روح للشعر، ألا ترى أن الإنسان لا
يتألم بحلقه، وإذا لم يكن الشعر نظير الجراحة لم يكن النص الوارد فى الجراحات وارداً
فى الشعر، فلو أوجبنا القصاص فيه أوجبناه قياساً، ولا وجه إليه.

١٩١٠٠- وإذا حلق شعر رأس إنسان ولم ينبت فيه الدية كاملة الرجل
والمرأة والصغير والكبير فيه سواء، إلا أنه لا يخاطب بالدية حالة الحلق بل يؤجل سنة؛
لأن النبات ثانياً متصور، وكذلك إذا نتف الحاجبين أو الأهداب، ولم ينبت ففيها كمال
الدية، وكذا إذا حلق لحية رجل ولم ينبت مكانها أخرى، ففيها كمال الدية، والأصل فيه
ما روى عن على رضى الله عنه: أنه أوجب فى اللحية إذا لم تنبت كمال الدية، فهذا قول
نقل عنه، ولم ينقل عن غيره خلاف ذلك، فكان إجماعاً.

(١) سورة البقرة: الآية ١٩٤.

وعن سعيد بن المسيّب رضى الله عنه أنه قال : فى الحاجين الدية ، وفى إحداهما نصف الدية .

هكذا عن شريح والحسن والشعبي رضى الله عنهم ، والمعنى فيه أنه أزال جمالا ظاهراً على الكمال والتأييد ، وتفويت الجمال الظاهر يوجب كمال الدية ، الدليل عليه ما روى المبرّد فى "الكامل" عن النبى ﷺ أنه أوجب فى اعوجاج الوجه كمال الدية^(١) ، والفائت باعوجاج الوجه مجرد الجمال ظاهراً ، وإنما قلنا : أزال جمالا ؛ لأن اللحية جمال وزينة للرجل شرعاً ومعنى ، أما الشرع فلائنه روى عن النبى ﷺ : "أنه قال : وإن من تسبيح بعض الملائكة سبحان من زين الرجال باللحى والنساء بالذوائب"^(٢) ، ومعنى لأن الجمال ما يزين الإنسان قيامه ، ويشينه زواله واللحية مما يزين الرجل قيامها ، ويشينه زوالها ، وإنما قلنا : إنه زال على التأييد ؛ لأنه لم يثبت مكانها أخرى ، فإذا نبت مكانها أخرى فإنه لا يجب شيء ؛ لأنه لم يزل ههنا على التأييد ؛ لما نبت مكانه أخرى .

فإن قيل : يشكل بما لو سلخ جلدة الوجه ، فإنه لا يجب كمال الدية وقد فوت جمالا .

قلنا : ذكر شيخ الإسلام فى شرحه لا رواية فى هذا ، وقواعد^(٣) مذهبنا يوجب أن يكون عليه كمال الدية ، والمسألة يأتى بعد هذا .

ولا يلزم إذا قطع الأظفار ، فإنه لا يجب عليه كمال الدية ، وقد فوت جمالا على الكمال ، قلنا : لا رواية فى هذا ، وقد اختلف فيه المشايخ ، ولا يلزم شعر الصدر والساعدين والساقين ، لأننا قلنا : أزال جمالا ظاهراً على الكمال والتأييد ، وهذه الشعور ليست بجمال ظاهر ، فأما جمال ما ذكرنا من الشعور فظاهر .

ثم إن محمداً رحمه الله أطلق الجواب فى اللحية إطلاقاً أنه إذا لم يثبت يجب

(١) يوجد الحديث بالمعنى فى "التمهيد" ٣٦٨/١٧ .

(٢) أخرجه أبو الشجاع فى "الفردوس بمأثور الخطاب" ١٥٧/٤ حديث (٦٤٨٨) من طريق عائشة رضى الله عنها ، والعجلونى فى "كشف الخفاء" ٥٣٨/١ حديث (١٤٤٧) ، وذكره المناوى فى "فيض القدير" ١٤/٦ .

(٣) هكذا فى الأصل ، وكان فى غيره : "وقود" .

كمال الدية، ولم يفصل الجواب تفصيلاً، وقد فصلّ مشايخ بلخ الجواب في ذلك تفصيلاً فقالوا: إنما يجب كمال الدية إذا كانت اللحية وافرة؛ لأنه أزال جمالا ظاهراً على الكمال والتأيد، وأما إذا لم يكن وافرة بأن لم تكن متصلة ففيها حكومة عدل، وإن كانت شعرات يسيرة على ذقنه، فإنه لا يجب شيء؛ لأنه أزال عنه الشين، ولم يزل عنه الزينة والجمال، ففصلّوا الجواب فيه على هذا التفصيل، ويجب أن يكون الجواب على هذا التفصيل؛ لأن محمداً رحمه الله ذكر اللحية مطلقاً، ومطلق الاسم يصرف إلى الكامل لا إلى الناقص، وهذا إذا لم يثبت مكانها أخرى.

١٩١٠١- فأما إذا ثبت مكانها أخرى فإن ثبت مثل الأول بأن^(١) كان الأول أسود أو أحمر، فثبت كما كان، فلا شيء عليه، أما إذا ثبت مكانه أبيض لم يذكر هذا في ظاهر الرواية، وقد ذكر في غير رواية الأصول، وقال على قول أبي حنيفة رحمه الله: إن كان حرّاً، فلا شيء عليه، وإن كان عبداً فحكومة عدل؛ لأن البياض في شعر الرأس من العبد مما ينقص ثمنه.

فأما الحرّ لا يلحقه بذلك نقصان، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: فيهما حكومة عدل؛ لأن البياض في غير وقته عيب وشين.

روى شمس الأئمة الحلواني عن أبي يوسف ومحمد رحمهما الله في هذه المسألة تقدير حكومة العدل في الحرّ أن يقوم أبيض اللحية لو كان عبداً وأسود اللحية، فيلزمه النقصان الذي بينهما، وهذا فصل اختلف فيه المشايخ على ما يأتي بيانه - إن شاء الله تعالى -.

ولو حلق جعد عبد إنسان، ونبت مكانه أبيض، يلزمه النقصان، وليس طريق معرفة النقصان في هذه الصورة أن ينظر إلى قيمة العبد، وبه جعد وإلى قيمته ولا جعد له، وإنما طريقه أن ينظر إلى قيمته، وأصول شعره نابته، وإلى قيمته وأصول شعره غير نابته، وهذا لأن إمساك الجعد في الغلام حرام، هو المروى عن أصحابنا؛ لأنهم إنما يسكون الجعد في الغلام للأطماع الفاسدة، وجهة الحرام لا يعتبر في أحكام الشرع.

وعن هذا قيل: إذا نبت الشعر ولم يثبت جعده لا شيء على الحلاق، وسبيل هذا

(١) وكان في الأصل: "فإن مكان: "بأن".

سبيل ما قالوا: فى رجل غصب من آخر عبداً ملتحمياً، فأمسك حتى شاخ وأبيض شعره فإنه يلزمه النقصان، ولو غصب وهو أمرد، فالتحى، لا يلزمه نقصان نبات اللحية، وطريقه ما قلنا .

وفى أحد الحاجبين نصف الدية، فالأصل أن ما كان فى نفس آدمى زوجان يجب الدية كاملة بنفويتهما، فبتفويت أحدهما يجب نصف الدية، وإنما كان كذلك؛ لأن النض أوجب فى أحد الرجلين نصف الدية، والرجل فى نفس آدمى زوجان، ويجب بقطعهما كمال الدية، فصار هذا أصلاً لنا^(١) فى جنس هذا الباب، وفى ثنتين من الأهداب نصف الدية، وفى إحداهما ربع الدية؛ لأنه وجب فى كلها الدية الكاملة، وإنها أربعة، وإذا حلق نصف اللحية يجب نصف الدية إذا علم أن الفائت هو النصف، وإن لم يعلم أن الفائت كم هو يجب حكومة عدل .

فإن قيل: إذا علم أن الفائت هو النصف ينبغى أن يلزمه كمال الدية كما لو حلق الكل؛ لأن الشين الذى يلحقه بحلق النصف أكثر مما يلحقه بحلق الكل .

قلنا: هذا غلط، فإنه يشين الجانب المخلوق، ويزين بالجانب الآخر الذى لم يحلق، فالشين إنما يكمل بفوات الكل لا بفوات البعض .

١٩١٠٢- وذكر فى "فتاوى القاضى": إذا نتف^(٢) بعض لحيته رجل، يقسم الدية على ما ذهب، وعلى ما بقى، فيجب على الجانى ذلك إذا نبت بعض اللحية يجب حكومة عدل، وفى "فتاوى القاضى" أيضاً، وإذا جب^(٣) رجلاً حتى سقطت اللحية يجب دية كاملة لأجل اللحية، وفى الشارب إذا لم ينبت حكومة عدل فى جنائيات الحسن، وإذا حلق اللحية مع الشارب لا يدخل ضمان الشارب فى ضمان اللحية فى أجناس الناطفى .

١٩١٠٣- وإذا قطع صغيرة امرأته أو امرأة غيره ينبغى أن لا يجب شىء للحال، فقد ذكر ابن رستم عن محمد رحمه الله: فيمن قطع ذنب برذون، أو حلق شعر جارية،

(١) هكذا فى ظ وف، وكان فى م: "أما" .

(٢) وفى ظ: "نبت" .

(٣) هكذا فى الأصل وف، وكان فى ظ وم: "وجب" .

وذلك ينقصها قال: لا شيء عليه إلا أنه يؤدّب علل، فقال: أن الذنب يطول والشعر ينبت، ومعنى هذا الكلام أنا لو قضينا بالأرث في الحال فإذا نبت الشعر وطال الذنب بعد ذلك وعاد إلى حاله كما كان يجب ردّ الأرث، فلا يفيد القصاص بالأرث، فلو لم يطل، ولم ينبت الآن يكون له حكم -والله أعلم-.

نوع آخر:

١٩١٠٤- ولا قصاص في جلدة الرأس أو البدن إذا قطع منها شيء، وكذا في لحم الخدين والظهر والبطن إذا قطع منها شيء، وكذا في الذنن وكذا القصاص في اللظمة والوكزة، ولا في الوجاة والدفعة والدلة؛ لأن ذلك ألم لا جرح فيه كاللحم الموحش، وإذا سلخ جلدة الوجه ففيه الدية كاملاً لتفويت الجمال على الكمال كما نبين بعد هذا -إن شاء الله تعالى-.

نوع آخر في الأذن:

١٩١٠٥- وفي الأذنين الشاخصتين في الخطأ الدية كاملاً للحديث ولتفويت جمال على الكمال، وفي إحداهما نصف الدية، واعلم بأن المراعى في إيجاب الدية كاملاً فيما دون النفس فوات جنس منفعة على الكمال أو فوات جمال على الكمال، وهذا أصل مستنبط من الحديث، بيانه أن النبي ﷺ أوجب في اللسان الدية، وفي الذكر الدية، فقد روى محمد ابن عمرو بن حزم عن جده: "أن النبي ﷺ كتب له كتاباً حين بعثه إلى اليمن، وبيّن فيه الديات، فكتب أن في النفس مائة من الإبل وفي الأنف الدية وفي الشفتين الدية وفي اللسان الدية وفي الذكر الدية وفي الأذنين الدية"^(١)، وفي قطع اللسان وقطع الذكر تفويت جنس المنفعة على الكمال، وهي منفعة النطق ومنفعة

(١) أخرجه ابن حبان في "صحيحه" ٥٠٧/١٤ والنسائي في "المجتبى" ٥٧/٨ حديث (٤٨٥٣) ومالك في "موطئه" ٨٥٦/٨ حديث (١٥٥٢) وابن أبي شيبة في "مصنفه" ٣٦٢/٥ حديث (٢٦٩٢٥)، وأيضاً عبد الرزاق في "مصنفه" ٣٤٣/٩ حديث (١٧٤٨٥) والنسائي في "الكبرى" ٢٤٥/٤ حديث (٧٠٥٩) والبيهقي في "الكبرى" ٨٨/٨ حديث (١٦٠٢٧) والدارمي في "سننه" ٢٥٣/٢ حديث (٢٣٦٦).

الإيلاد، وفي قطع الأذنين تفويت جمال على الكمال لا تفويت جنس المنفعة؛ لأن منفعة الأذن السمع، والسمع لا يفوت على الكمال بقطع الأذن، بل يدخل فيه نقصان، فيراعى هذا المعنى فى الأعضاء التى لا نصّ فيها، وبتفويت السمع تجب الدية كاملة لتفويت جنس منفعة على الكمال، وطريق معرفة ذهاب السمع أن يتغافل فينادى، فإن أجاب لذلك علم أن سمعه لم يذهب، هكذا محمد رحمه اله فى الأصل، وهكذا ذكر فى "المنتقى" عن أبى حنيفة رحمه الله.

وحكى الناطفى عن أبى حازم القاضى، والقدروى عن إسماعيل بن حمّاد: أن امرأة تطارشت يعنى خويشتن اگر ساخت فى مجلس حكمه فاشتغل بالقضاء عن النظر إليها، ثم قال لها فجأة: غطى عورتك، فاضطربت وتسارعت إلى جمع ثيابها، وظهر مكرها، وقال أبو يوسف رحمه الله فى "المنتقى": لا يعرف ذهاب السمع، والقول فيه قول الجانى، وإذا ثبت^(١) الأذن أو انحشفت ففيها حكومة العدل، وإذا قطع الأذن كلها عمداً ففيها القصاص، وإن قطع بعضها ففيها كذلك إذا كان استطاع، ويعرف هذا هو لفظ الكرخى، وهو إشارة إلى أن المماثلة فى الأطراف فى مقدار المقطوع شرطاً.

١٩١٠٦- وفى "المنتقى" عن أبى حنيفة رحمه الله: إذا قطع نصف الأذن وكان يقدر على أن يقتص منه مثل ذلك اقتص منه، وكان أبو يوسف رحمه الله يقول: للأذن مفاصل، فإذا قطع منها شيئاً وعلم أن القطع من المفصل اقتص منه، والمرجع فى معرفة المفاصل إلى أهل البصر، فإن قالوا: للأذن مفاصل، وقد حصل القطع من مفصل يقتص من ذلك المفصل، وإن قالوا: لا مفاصل له يقطع من أذن القاطع قدر ما قطع.

١٩١٠٧- وفى "الأجناس": إذا كان أذن القاطع صغيرة الحلقة وأذن المقطوع كبيرة الحلقة كان المقطوع أذنه بالخيار إن شاء ضمّنه نصف الدية، وإن شاء قطعها على صغرها، وكذلك لو كانت خرقاء مشقوقة، وإن كان الناقص هى التى قطعت، كان له حكومة عدل.

١٩١٠٨- وإذا قلع الرجل أذن رجل خطأ، وأثبتها المقلوعة أذنه فى مكانها فثبت، فعلى القالع أرش الأذن كملا، قال الشيخ الإمام الزاهد أحمد الطواويسى: هذا الجواب

(١) هكذا فى جميع النسخ.

غير صحيح؛ لأن الأذن لا يتصور إثباته بالاحتياال، وإنما يثبت باتصال العروق، وإذا ثبت، فالظاهر أنه اتصل بالعروق، فزالت الجناية، فيزول موجبها.

نوع آخر

فى العين:

١٩١٠٩- وفى العينين إذا فقئتاً خطأ كمال الدية، وفى إحداهما نصف الدية، وكذلك إذا لم تفقأ، ولكنها انخسفت، أو ذهب بصرها وهى قائمة، يجب كمال الدية فيهما، ونصف الدية فى إحداهما، وإنما وجب كمال الدية فيهما للحديث، ولفوات جنس المنفعة على سبيل الكمال وفوات جمال على الكمال، وفى "شرح الطحاوى": أن فى عين الأعور^(١) نصف الدية.

وقال بعض العلماء: فيه كمال الدية؛ لأن العين الواحدة له كالعينين لصاحب العين، وتكلموا فى طريق معرفة ذهاب البصر، قال محمد بن مقاتل الرازى: طريقه أن يستقبل الشمس مفتوحة العين، فإن دمعت عنه علم أن الضوء باق، وإن لم تدمع علم أن الضوء ذاهب.

وذكر الطحاوى فى كتابه: أنه يلقى بين يديه حية، فإن هرب منها علم أنه لم يذهب بصره، وقال محمد رحمه الله فى "الأصل": ينظر إليه أهل ذلك، وإن لم يعلم ذلك بما ذكرنا يعتبر فيه الدعوى والإنكار، والقول قول الجانى مع يمينه على البتات، أما اليمين فلأن المجنى عليه يدعى موجب الجناية، والجانى ينكر، وأما على البتات؛ لأن هذا يمين على فعل نفسه، وهو إذهاب بصر غيره، وفى قطع الجفون التى لا شعور عليها حكومة عدل.

وإذا كان الجانى على الأهداب واحداً وعلى الجفون واحداً كان على الذى جنى على الأهداب تمام الدية، وعلى الذى جنى على الجفون حكومة عدل.

١٩١١٠- قال فى الأصل: إذا فقئت العين عمداً، فذهب نورها، ولم ينخسف،

(١) وفى ظ: "العور" مكان: "عين الأعور".

ففيها القصاص ؛ لأن اعتبار المساواة ممكن متى لم تنخسف العين بأن يحمى مرآة ، وتربط على عينه الأخرى ، وتوضع على وجهه قطن ، ثم يقرب المرآة من عينه حتى يذهب نورها ، وتبقى العين على حالها بخلاف ما لو انخسف العين ؛ لأنه لا يمكن اعتبار المساواة في ذلك ، وذكر الكرخي : أنه لا قصاص في العين إذا قورت أو انخسفت ، وإنما يجب القصاص إذا كانت قائمة وذهب ضوءها . وهو إشارة إلى م قلنا : إنها إذا قورت ، فاعتبار المماثلة فيها غير ممكن .

١٩١١- وقال في "المنتقى" : قال أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله : لا قصاص في قلع الحدقة ، وإنما القصاص في العين إذا ضربها وذهب ضوءها والعين قائمة ، فإن قلع حدقة إنسان ، فقال المقلوع حدقته : أنا أرضى أن يخسف عين هذا لا تقلع حدقته أخذ دون حقي ، ذكر في "المنتقى" قال محمد رحمه الله : ليس له ذلك .

وأما إذا ضرب عين إنسان عمداً فأبيضت بحيث لا يبصر بها لا يجب القصاص عند عامة العلماء ؛ لأن إذهاب بصرها بالأبيضات بالضرب بحيث لا يتعدى إلى غيره متعذر ، فعجزنا عن استيفاء القصاص ، فلا يجب ، وفي كل موضع وجب القصاص لا فرق بينما إذا حصل الضرب بالسلاح أو بشيء آخر غير السلاح ، فليس فيما دون النفس شبه العمد .

١٩١٢- وفي "الأجناس" : لو ضرب عين إنسان بإصبعه ضربة خفيفة فذهب بصره وقد تعمد ذلك ففيه القصاص ، وهو إشارة إلى ما قلنا ، قال : وإن مات من ذلك ، فدية النفس على العاقلة جعله عمداً فيما دون النفس ، وشبه عمد في النفس ، وقد تقدم جنس هذا .

١٩١٣- وفي "الأجناس" أيضاً : إذا فقأ العين اليمنى من رجل والعين اليسرى من الفافى ذاهبته ، وعينه اليمنى قائمة ، اقتص من عينه اليمنى ، وترك أعمى .

وفي "الأجناس" أيضاً : إذا فقأ عيناً حولاً ، فإن كان الحول لا يضر ببصره يجب القصاص ، وإن كان الحول شديداً ينقص في البصر ، يجب حكومة عدل .

وذكر في "المنتقى" عن أبي يوسف رحمه الله : من فقأ عيناً حولاً لا قصاص عليه مطلقاً ، وإن كان الفاقى شديد الحول يضر ذلك ببصره ، ففقأ عيناً ليس فيها حول كان

المفقوءة عينه بالخيار إن شاء اقتصص، وإن شاء، ضمّنه نصف الدية، وفي "الأصل": إذا فقأ عين رجل وفي عين الفاقئ تلك بياض ينقصها، فالمفقوءة عينها بالخيار إن شاء، أخذ عينه الناقصة، وإن شاء، أخذ دية عينه.

في "الجامع": رجل فقأ عين رجل وعين الفاقئ ببيضاء، فالمفقوءة عينه بالخيار إن شاء، فقأ العين البيضاء إذا كان استطاع فيه القصاص، وإن شاء، أخذ أرش عينه؛ لأن محل حقه موجود، ولكن دون حقه في الوصف والمنفعة، فيتخير لهذا، واختلفوا في تأويل قوله في الكتاب: إذا كان استطاع فيه القصاص، وأصح ما قيل فيه ما نقل عن الكرخي رحمه الله أن تكون عين الفاقئ قائمة يبصر شيئاً قليلاً؛ لأنه إذا كان هذا كانت قائمة في نفسها، ولكن بوصف النقصان فيتخير.

فأما إذا كان شحمة ببيضاء لا يبصر شيئاً أصلاً، ففي هذه الصورة لا قصاص فيها؛ لأنه لا عين للفاقئ في هذه الصورة، فهذا هو تفسير استطاعة القصاص ههنا، وإن لم يخير شيئاً حتى فقأ رجل عين الفاقئ، فقد بطل حق المفقوءة عينه الأول؛ لأن حقه متعلق بالعين، قال الله تعالى: ﴿وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ﴾^(١)، وإنما ينتقل إلى المال إذا اختار المال عند تخيير القاضى أو عند تخيير الجانى، أما قبل ذلك حقه في العين، فإذا ظلم من غير أن يقضى به حقاً واجباً عليه كان الهلاك على المفقوءة عينه كما لو كان للفاقئ عيناً صحيحة، فإن اختار المفقوءة عينه الأول الدية، ثم فقأ أجنبى عينه البيضاء ينظر إن صحّ اختياره، ينتقل حقه عن العين إلى الدية، فلا يبطل حقه بفوات العين، وإن لم يصحّ اختياره بقى حقه في اليمين، فيبطل حقه بفوات العين، وصحة اختيار المال يبتنى على تخيير القاضى أو على تخيير الجانى، أما إذا اختار بنفسه لا يصحّ الاختيار، وله أن يرجع إلى القصاص إذا انجلى البياض.

ثم في كل موضع صحّ اختيار المجنى عليه المال ليس له أن يرجع إلى القصاص، وإن زال البياض عن عين الجانى؛ لأن النقل قد تم لقيام دليله يوم النقل، فلا يحتمل العود إلى القصاص بعد ذلك، وإن لم يخير المجنى عليه شيئاً حتى زال البياض عن عين الجانى فليس لواحد منهما أن يمتنع عن القصاص؛ لأن حق المجنى عليه في عين العين،

وقد أمكنه الاستيفاء، فيكون له الاستيفاء.

١٩١١٤- وفى "المنتقى" قال محمد رحمه الله: رجل شجّ رجلاً موضحة بحديدة أو عصاً، فذهب عيناه من ذلك والعين قائمة إلا أنه قد ذهب الضوء قال: اقتصر من ذلك كله، قال: ولو ذهب عيناه ولسانه، فعليه القصاص فى الموضحة، وأما اللسان وما لا يقدر على القصاص فيه، فعليه الدية فى ماله، قال: وذهاب عينه من الموضحة بمنزلة ما لو قطع أصابعه فسقط يده من المفصل، فهذا جناية واحدة حتى اقتصر من الكف كأنه قطعها من الكف؛ لأن الكف إنما سقط بجنانيته.

١٩١١٥- وفى "الجامع الصغير": إذا شجّ رجلاً موضحة عمداً، فذهب من ذلك سمعه وبصره، فلا قصاص فى شىء من ذلك عند أبى حنيفة، ولكن يجب أرش الموضحة ودية السمع والبصر.

وعند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله: يجب القصاص فى الشجة، وتجب الدية فى السمع والبصر، فصار عن محمد رحمه الله فى القصاص روايتان، وستأتى المسألة بعد هذا إن شاء الله تعالى.

١٩١١٦- وفى "نوادر هشام" عن محمد رحمه الله: وإذا كان عينه اليمنى بيضاء، فجنى على إنسان فى عينه اليمنى، فذهب عينه، ثم ذهب البياض من عين الجانى كان للمجنى عليه أن يقتصر من عين الجانى.

١٩١١٧- إذا جنى عن عين فيها بياض يبصر بها، وعين الجانى أيضاً فيها بياض يبصر بها، فلا قصاص بينهما؛ لأنه لا يعرف مقدار الضوء الذى كان بقى لهما، فلا يمكن مراعاة المماثلة فيه.

وفى العين القائمة الذاهب نورها حكومة عدل، وإذا ضرب عين رجل ضربة، فانتقص بعض النظر^(١)، أو أصابها قرحة، أو ريح سيل، أو شىء مما يهيج بالعين لم يكن فيه قصاص، وإنما فيه حكومة عدل.

وإذا ضرب عين رجل وأبيض من ضربه، ثم ذهب البياض، وأبصر، فلا شىء على الضارب، قالوا: هذا إذا عاد البصر كما كان، أما إذا عاد دون ذلك، ففيه حكومة

(١) هكذا فى ظ، وكان فى الأصل وف وم: "فأبيض بعض الناظر".

عدل .

بارزا فى الخانقاه بطريق التعلم أو بطريق الملاعبة ، فضرِب أحدهما خشبة على عين الآخر ، وذهب عينه يجب القصاص ؛ لأنه عمد إلا إذا تعذر إيجاب القصاص بأن خرج العين ، فحيثُئذٍ تجب الدية ، ولا يقتص من العين اليمنى اليسرى ، ولا من اليسرى باليمنى ، وإن كان عين المقتص منه أكبر من عين الجانى أو أصغر ، فهو سواء ، ويقتص له .

نوع آخر

فى الأنف:

١٩١١٨- قال محمد رحمه الله : وفى الأنف الدية كاملة للحديث ولفوات جنس منفعة على الكمال ، وهى منفعة استمسك المخاط وفوات جمال على الكمال ، وفى المارن الدية كاملة لفوات جنس منفعة وفوات جمال على الكمال ، وقيل : حكومة عدل .

وإذا ضرب أنف رجل وذهب شمه ، يجب كمال الدية فى القدروى ، وعن محمد : أنه يجب حكومة عدل ، وطريق معرفة ذهاب الشم أن يوضع بين يديه ماله رائحة كريهة ، فإن نفر عن ذلك علم أنه لم يذهب شمه .

١٩١١٩- وفى "المنتقى" : إذا جنى عليه ، فصار لا يتنفس من أنفه ، ولكن من فمه ، فعليه حكومة عدل ، وفى "شرح الطحاوى" : إذا قطع المارن ثم الأنف ، فإن كان قبل البرء ، يجب دية واحدة ، وإن كان بعد البرء ، تجب الدية فى المارن ، وحكومة عدل فى الباقي .

١٩١٢٠- فى جنايات الحسن : إذا كان أنف القاطع أصغر كان المقطوعة أنفه بالخيار إن شاء ، قطع أنفه ، وإن شاء ، أخذ أرشه ، وإن كان فى أنف القاطع نقصان من شئ أصابه أو كان أخشم لا يجد الريح ، ف كذلك الجواب المقطوعة أنفه بالخيار إن شاء قطع أنف القاطع وإن شاء ضمّنه دية الأنف .

وفى القدورى : فى الأنف المقطوعة أرنبته حكومة عدل .

وفى الأصل إذا كسر أنف إنسان ففيه حكومة عدل ؛ وإذا قطع كل المارن عمداً ، يجب القصاص ، وإذا قطع بعضه ، لا يجب ، وإذا قطع قصبة الأنف ، لا يجب القصاص بالاتفاق ؛ لأنه عظم ، وإذا قطع كل الأنف ، لا يجب القصاص عند محمد رحمه الله ، وعند أبى يوسف رحمه الله : يجب هكذا ذكره الكرخى .

قال القدورى : أراد بقوله : إذا قطع كل الأنف ، يجب القصاص على قول أبى يوسف رحمه الله كل المارن ، أما قصبة الأنف عظم ، ولا قصاص فى العظم بالإجماع .

نوع آخر

فى الشفتين :

١٩١٢١- قال محمد رحمه الله فى الأصل : فى الشفتين كمال الدية ، وفى إحداهما نصف الدية ، العليا والسفلى فى ذلك سواء ، هذا هو حكم الخطأ .

وأما حكم العمد فقد ذكر الطحاوى رحمه الله فى شرحه رواية عن أبى حنيفة رحمه الله أنه إذا قطع شفة رجل السفلى أو العليا وكان يستطيع أن يقتص فيه ، فعليه القصاص العليا بالعليا والسفلى بالسفلى .

فى القدورى : إذا قطع كل الشفة ، يجب القصاص ، وإن قطع بعضه ، لا يجب - والله أعلم - .

نوع آخر

فى الأسنان :

١٩١٢٢- قال فى "المنتقى" : ومن أراد قلع سنك ظلماً ، فلك أن تقتله إذا كنت فى موضع لا يعينك الناس ، ومن أراد حلق لحيتك ، أو أراد أن يبرد سنك بمبرد ، فليس أن تقتله ، وإن كان لا يعينك الناس ؛ لأن الأول جرح ، والثانى ليس بجرح .

وقال محمد رحمه الله فى "الأصل" : ولا يقتص من عظم ما خلا السن ، وهذا

لأن القصاص فى ما عدا السنّ من العظم إنما يجرى لتعذر اعتبار المساواة، واعتبار المساواة فى السنّ ممكن على ما نبين - إن شاء الله تعالى - بعد هذا، وينبغى أن يواخذ الضرر بالضرر والثنية بالثنية والناوب بالناوب، ولا يؤاخذ الأعلى بالأسفل، ولا الأسفل بالأعلى، فبعد ذلك ينظر إن كانت الجناية بكسر بعض السنّ، يؤخذ من سنّ الكاسر بالمبرد مقدار ما كسر من سنّ الآخر، وهذا بالاتفاق، فإن كانت الجناية بقلع سن، ذكر القدروى: أنه لا يقلع سن القالع؛ لأن لا يؤمن الزيادة، ولكن يرد سن القالع بالمبرد إلى أن ينتهى إلى اللحم، ويسقط الباقي، وإليه مال شمس الأئمة السرخسى رحمه الله.

وذكر شيخ الإسلام فى شرحه: أنه يقلع من القالع، وروى عن رسول الله ﷺ: "أنه أمر بقلع سن الربيع حين قلع سن الضر، وقال فى كتاب الله: القصاص"^(١)، وإليه أشار محمد رحمه الله فى "الجامع الصغير" حيث ذكر بلفظة النزاع والقلع واحد، وفى "الزيادات" نص على القلع.

١٩١٢٣- وفى "الجامع الصغير": وإذا كسر سن إنسان وسنّ الكاسر أكبر يقتص منه، كذلك فى القلع، ولا قصاص فى السن الزائدة، وإنما فيها حكومة عدل.

وإذا كسر ربع سن إنسان والسن المكسورة مثل ربع سن الكاسر يقتص منه، ولا يكون على الصغير والكبير، بل يكون على قدر ما كسره من السن.

وفى "المنتقى" إذا كسر من سن رجل طائفة منها انتظر بها حولا، فإذا تم الحول، ولم يتغير، فعليه القصاص يبرد بالمبرد، ويطلب لذلك طبيب عالم، ويقال: كم ذهب منها؟ فإن قال: ذهب النصف يبرد من سن القالع النصف.

وفيه أيضاً: إذا كسر من سن رجل بعضها وسقط ما بقى فإن أبا يوسف رحمه الله

(١) أخرجه البخارى فى "صحيحه" ٢١٤/١ حديث (٢٥٥٦) وفى ١٦٣٦/٤ حديث (٤٢٢٩) و٤/ ١٦٨٥ وابن الجارود فى "المنتقى" ٨٤١/١ والحاكم فى "المستدرک" ٦١٩/٤ حديث (٨٧١٦) وأبو داود فى "سننه" ١٩٧/٤ حديث (٤٥٩٥) والنسائى فى "سننه" ٢٦/٨-٢٧ حديث (٤٧٥٢) و٤٧٥٧) وابن ماجه فى "سننه" ٨٨٤/٢ حديث (٢٦٤٩) وفى "الكبرى" ٧٨/٥ و٦/٣٣٥، وأحمد فى "مسنده" ١٢٨/٣ حديث (١٢٣٢٤) وأبو يعلى أيضاً فى "مسنده" ٢٣١/٦ حديث (٣٥١٩) والطبرانى فى "الكبرى" ٢٦٤/١ و٢٢٦/٢٤ حديث (٧٦٨ و٦٦٤) والبيهقى فى "الكبرى" ٦٤/٨.

كان يقول : يجب القصاص ، وفي القدوري : أنه لا قصاص في المشهور ، وروى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة رحمه الله إذا نزع الرجل سن رجل ، فنبت نصفها ، فعليه نصف أرشها ، ولا قصاص في ذلك ، وإن نبت بيضاء تامة ، ثم نزعها آخر انتظر لها سنة ، فإن نبت ، وإلا اقتص منه ولا شيء على الأول ، وقال ابن أبي مالك : وقال أبو يوسف رحمه الله : عليه بقدر الألم ، وإن نبت صفراء ، فعليه حكومة عدل .

وروى الحسن ابن زياد عن أبي حنيفة رحمه الله : في السن إذا نزع ينتظر بها سنة ، فإن لم ينبت اقتص منه ، وإن نبت صفراء ، ففيها حكومة عدل .

وروى ابن مالك عن أبي يوسف عن أبي حنيفة رحمهم الله : في السن إذا نزع ينتظر بها البرء ، ثم يقتص من الجاني .

وفي "شرح الطحاوي" : إذا كسر بعض سن إنسان عمداً ، ثم اسود الباقي بذلك ، أو احمرّت واخضرّت ، أو دخلها عيب بوجه من الوجوه ، فلا قصاص ، ويجب الأرش في ماله ، وفي الأصل : كسر سن إنسان عمداً ، واسود الباقي لا يجب القصاص ، ويجب الأرش في ماله ، وبهذه الرواية تبين أن ما ذكره القاضي الإمام صدر الإسلام والصدر الشهيد في "الجامع الصغير" ، وإذا كسر بعض سن إنسان ، واسود الباقي ، فينبغي أن يجب فيها حكومة عدل ، ليس بصحيح ، ولو قال المجنى عليه : أستوفي القصاص في المكسور ، وأترك ما اسودّ ، ليس له ذلك .

١٩١٢٤- وإذا ضرب سن إنسان ، فتحرك يستأني حولا ، فإن احمرّ أو اخضرّ أو اسودّ يجب الدية كاملة في مال الجاني يعني دية السنّ ، وإذا اصفرّ اختلف المشايخ فيه ، هكذا ذكر شيخ الإسلام في شرحه ، قال بعضهم : يجب كمال أرش السن كما في الاسوداد والاحمرار ، وبعضهم قالوا : يجب حكومة عدل ؛ لأنه لا يفوت جنس منفعة السن ولا يفوت الجمال على الكمال ؛ لأن الصفرة قد تكون لون الأسنان في بعض الأسنان ، وإنما تمكن فيه نوع نقص ، فيجب حكومة عدل ، فأما الخضرة والحمرة والسواد لا يكون لون الأسنان بحال ، فيكون مفوّت جمال على الكمال ، إن فات منفعة المضغ ، وإن لم تفت منفعة المضغ يكون مفوّت جمال على الكمال ، وتفويت الجمال على الكمال كاف لإيجاب كمال الأرش كما في الأذنين .

وذكر الشيخ الإمام أحمد الطواويسى فى شرحه : أن فى هذا الفصل اختلاف الروايات .

روى عن أبى يوسف رحمه الله : أنه يلزمه كمال الأرض كما فى الاسوداد .
وعن محمد رحمه الله أنه قال : ينظر فى ذلك ، فإن كان يلحقه من الشين بسبب الاصفرار مذ لحقه من الشين بسبب الاسوداد ، يلزمه كمال الأرض وإلا فبقدر الشين .

وعن أبى حنيفة رحمه الله أنه يلزمه حكومة عدل ، وذكر القدورى أن هشاماً روى عن محمد عن أبى حنيفة رحمهم الله : أن سن الحر إذا اصفرت ، فلا شىء عليه ، وإن كان عبداً ، ففيه حكومة عدل ، وعن أبى يوسف رحمه الله عن أبى حنيفة رحمه الله : أن فيهما حكومة عدل .

وروى ابن مالك عن أبى يوسف : أن الصفرة إذا اشتدت حتى صارت كالخضرة ، ففيهما كمال الأرض ، وإن كان دون ذلك ، ففيهما حكومة العدل .

ثم إن محمداً رحمه الله أوجب كمال الأرض باسوداد السن ، ولم يفصل بين أن يكون السن من الأضراس التى لا ترى ، أو من العوارض التى ترى ، قالوا : ويجب أن يكون الجواب فيهما على التفصيل ، إن كان السن من الأضراس التى لا ترى إن فات منفعة المضغ بالاسوداد يجب الأرض كاملاً ، وإن لم يفت منفعة المضغ يجب فيه حكومة عدل ؛ لأن منفعته قائمة ، وجماله ليس بظاهر ، فهو كشدة بالرجل ، فيجب فيه حكومة عدل ، وإن كان السن من العوارض التى ترى ، وتظهر من الأسنان ، يجب كمال الأرض بالاسوداد وإن لم يفت منفعته ؛ لأنه فوت جمال ظاهراً على الكمال .

١٩١٢٥- وإذا قلع الرجل سن رجل خطأ ، ثم نبت ، فلا شىء على القالع عند علماءنا رحمهم الله ، وروى عنهما فى " النوادر " : أنه يجب الأرض ، والصحيح ما قلنا ؛ لأن القياس يأبى وجوب الأرض بالقلع ، وإن لم ينبت أخرى ؛ لأن المتلف ليس بمال ، ولكننا تركنا القياس بالنص ، والنص إنما أوجب الأرض إذا لم ينبت مكانه أخرى ، فإذا نبت مكانه أخرى ، يبقى على أصل القياس ، فإن نبت أخرى سوداء ، بقى الأرض على حاله ؛ لأن الأول لو كان قائماً ، واسود بسبب الضرب ، يجب الأرض كاملاً ، فهنا أولى .

١٩١٢٦- وإذا نزع سن رجل عمداً، أو انتزع المنزوعة سنه سن النازع، ثم نبت سن الأول، فعلى الأول أرش سن الثانى؛ لأن الأول لما نبت تين أن القصاص لم يجب وأن الثانى نزع بغير حق، كان ينبغى أن يجب القصاص، لكن لم يجب القصاص لمكان الشبهة، فلا أقل من أن يغرم الأرش ولو نبت معوجا يجب حكومة عدل، ذكر المسألة فى "الجامع الصغير".

١٩١٢٧- وفى "الزيادات": إذا قلع الرجل ثنية رجل عمداً فاقتص له من ثنيته القالع، ثم نبت ثنيته المقتص منه، لم يكن للمقتص له أن يقلع تلك الثنية التى نبتت ثانياً؛ لأنه استوفى عين حقه مرة، وبمثله لو نبت ثنية المقتص له ولم تنبت ثنية المقتص منه غرم المقتص له للمقتص منه أرش ثنيته، وهى المسألة المتقدمة، فقد جعل ثنية المقتص له التى نبت كأنها عين الأولى، حتى ظهر أن القصاص لم يكن واجباً، وجعل ثنية المقتص منه التى نبت كأنها غير الأول حتى لم يكن للمقتص له عليها سبيل، والوجه فى ذلك أن الثنية الثانية غير الأولى حقيقة إلا أنها حصلت فى المحل الأولى، فاعتبر اتحاد المحل فى حق ثنية المقتص له التى نبت حتى غرم الأرش، واعتبر المغايرة حقيقة فى حق ثنية المقتص منه حتى لم يكن للمقتص له عليها سبيل.

١٩١٢٨- قال فى "الأصل": إذا نزع ثنية رجل وثنية الجانى سوداء، فالمجنى عليه بالخيار على نحو ما ذكرنا فى مسألة العين، وتفريع هذه المسألة على نحو تفريع العين، ولو نزع ثنية رجل وثنية النازع سوداء، فلم يتخير المجنى عليه شيئاً حتى سقطت السن السوداء، ونبت مكانه أخرى صحيحة، فقد بطل حق المجنى عليه؛ لأن حق المنزوعة سنه فى السن السوداء، فإذا لم تقلع حتى سقطت فقد ذهب عين حقه لا لمعنى وجد من جهة من عليه، فبطل حقه، ولو قلع رجل ثنية القالع مقلوعة، فنبت ثنيته بعد القلع، فلا قصاص فيه، وللمقلوعة ثنية أرشها؛ لأن المقلوعة ثنية لم يستحق القصاص وقت القلع لعدم محله إنما استحق المال، والمال بعد وجوبه لا يعود إلى القصاص أبداً.

١٩١٢٩- قال فى "الأصل": إذا قلع الرجل سن رجل، فأخذ المقلوعة سنه سنه، فأثبتها فى مكانها فثبت وقد كان القلع خطأ، فعلى القالع أرش السن كاملاً؛ لأن الأرش إنما يسقط إذا زالت الجناية من كل وجه، والجناية ههنا لم تزل؛ لأن السن فى هذه

الصورة لا ينبت من الأصل ؛ لأنه لا يتصل بالعروق والعصب ، فكانت الجناية باقية ، فيبقى الأرض ، قال شيخ الإسلام : وهذا إذا لم يعد إلى حالها الأولى بعد الثبات فى المنفعة والجمال ، والغالب أن لا يعود إلى تلك الحالة ؛ لأن المقلوع لا يلتزق بالعصب والعروق فى الغالب ، فيكون وجود هذه الثبات ولم يعد ما فات من المنفعة والعدم سواء ، ألا ترى أن إنساناً لو قلع هذه ثانياً ، لم يكن عليه شىء إذا لم يعد إلى حالها فى الجمال والمنفعة ، فأما لو تصور عود الجمال والمنفعة بالإثبات لم يكن على القالع شىء كما لو نبت السن المقلوع .

١٩١٣٠- وإذا ضرب سن إنسان ، وتحركت بسبب ضربه ذكر فى الأصل أنه ينتظر لها حولا ، وهذا لما روى عن النبى ﷺ : " أنه قال : يستأنى لها حولا " (١) ، وقد روى عن جابر بن عبد الله رضى الله عنه موقوفاً عليه ، ومرفرعا إلى النبى ﷺ فى بعض الروايات أنه قال فى الجنائيات كلها : يستأنى حولا ، وروى عمرو ابن شعيب عن أبيه عن جده عن النبى ﷺ : أنه نهى أن يقتص من الجراحة حتى يبرأ ، فالأصل عندنا أنه يستأنى فى الجنائيات كلها حولا عمداً كان أو خطأ ، وإنما قدر بالحول ؛ لأن السنة تشتمل على الفصول الأربعة التى جعل بها قوام الإنسان ، وهى الحرارة والبرودة واليبوسة والرطوبة ، فوجب انتظار سنة حتى تمر عليه الفصول الأربعة ، فلعل فصلا من الفصول الأربعة يوافق طبع المجنى عليه ، فتبرأ جراحته ويلتأم أو يخالف طبعه ، فيموت ، فكان مضى السنة فى الغالب سبباً للبرء والتلف ، فقدر بالسنة لهذا كما قدر مدة العين بالسنة ، فلهذا المعنى ذكر محمد رحمه الله الاستثناء فى تحريك السن ، ولم يذكر الاستثناء فى القلع ، وفى تحريك السن يستأنى حولا سواء كان المجنى عليه بالغاً أو صبيّاً ؛ وذلك لأن السن المتحرك قد يشتد وقد يسود ، ويسقط فى البالغ والصبي جميعاً ، فوجب الاستثناء حتى لا يصير مستوفياً الأرض بغير حق متى اشتد بعد ذلك .

١٩١٣١- فأما فى القلع قالوا : الجواب فيه على التفصيل ، إن كان المجنى عليه صغيراً يستأنى ؛ لأنه يتوهم عوده فى الغالب ، فوجب الاستثناء حتى لا يصير مستوفياً الأرض بغير حق متى نبت بعد ذلك ، هكذا ذكره الشيخ أبو الحسن القدورى .

١٩١٣٢- وأما في البالغ لا يستأنى؛ لأن الغالب في البالغ أنه لا ينبت ثانيًا، ومتى نبت كان نادرًا، والنادر لا عبرة له، فلم يكن الاستثناء في البالغ حال القلع مفيدًا إلا أن في البالغ ينتظر حتى يبرأ موضع السن؛ لأنه يحتمل السراية، فينتظر هذا المقدار.

وبعض مشايخنا قالوا: الاستثناء حولا في فصل القلع في البالغ والصغير جميعًا لقوله عليه السلام: «في الجنايات كلها يستأنى حولا».

وفي "المجرد" عن أبي حنيفة رحمه الله: إذا نزع سن إنسان ينبغي للقاضي أن يأخذ ضميمًا من النازع، ثم يؤجله سنة من يوم النزع، فإذا مضت سنة ولم ينبت اقتصر منه.

قال هشام في "نواده": قلت لمحمد رحمه الله: فيمن ضرب سن رجل، فسقط انتظر بها حولا لعلها تنبت، فقال: لا، فقلت: قال واحد من إخوانك: ينتظر، قال: لا إنما ذلك إذا تحركت، ثم في فصل التحريك إذا أوجب الاستثناء حولا، فإن لم يسقط، فلا شيء على الضارب.

وعن أبي يوسف رحمه الله أنه قال: تجب حكومة عدل الألم أي أجر العلاج والطبيب، ذكر هذه الرواية مع هذا التفسير في "شرح الطحاوي"، وإن سقط السن في السنة من تلك الضربة، فإن كان عمداً تجب القصاص، وإن كان خطأ تجب الدية، فإن قال: الضارب سقط لا بضربي كان القول قول المضروب استحسانًا، وعلى هذا إذا ضرب سن إنسان، واسود السن، فقال الضارب: إنما اسودت من ضربة حدث فيها بعد ضربتي، فالقول قول المضروب استحسانًا، هكذا ذكر المسألة في الأصل، وكذا روى ابن سماعة عن أبي يوسف رحمه الله، وروى عنه أصلاً فقال: كل شيء جعلت له أجلاً، فالقول قول المضروب: إنه من جناية هذا، وكل شيء ليس له أجل، فالقول قول الضارب.

وفي "المنتقى": في الباب الأول من الجنايات رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله في عين هذه الصورة أن القول قول الضارب، وفي "المنتقى" أيضاً: في باب حكم أرش الجنايات فيما دون النفس هذه المسألة، فقال: لو جاء المضروب قبل مضي السنة وسنه ساقط، وقال: سقط السن من ضرب هذا قال أبو حنيفة رحمه الله: القياس أن لا

أصده، وأجعل القول قول الضارب، ولكننا نستحسن ونجعل القول قول المضروب، وليس هذا في شيء من الجنايات إلا في السن للأثر، وذكر هذه المسألة أيضاً: في هذا الباب مرة أخرى، فقال: فجاءوا بعد السنة والسن ساقطة، فقال الضارب: سقطت من ضربة رجل آخر، فإنه يسأل الضارب متى سقط، فإن قال: في السنة، فالقول قول المضروب: إنها سقطت من ضربه هذا، وإن قال: بعد السنة، فالقول قول الضارب.

١٩١٣٣- قال في "الأصل": وفي كل سن خمس من الإبل أو خمسمائة درهم يريد به حالة الخطأ، وبه ورد الأثر في جميع الأسنان في ذلك على السواء لا يفضل البعض على البعض؛ لأنه لا تفصيل^(١) في الأثر، فبعد ذلك ينظر إلى عدد الأسنان إن كان اثنان وثلاثون، يجب ستة عشر ألف درهم، فذلك دية، وثلاثة أخماس دية يؤدي ذلك في ثلاث سنين، في السنة الأولى ستة آلاف درهم وستمئة وستة وستون وثلاثان، وفي السنة الثانية بستة آلاف درهم وثلاثمائة وثلاث وثلاثون وثلاثة، وفي السنة الثالثة ثلاثة آلاف درهم، ذكره على هذا التفسير.

١٩١٣٤- في "المنتقى": قالوا: وليس في نفس آدمي شيء من الأعضاء يزداد أرشه على دية النفس إلا الأسنان.

رجلان قاما في اللعب ليتضاربا بالوكز يعني بمشت زدن بر خواستند، فوكر أحدهما الآخر، وكسر سنه، فعلى الضارب القصاص، ولكن بالشرائط التي قلنا؛ لأن هذا عمد، والمسألة كانت واقعة الفتوى، واتفقت الفتاوى على هذا.

١٩١٣٥- وإذا قلع سن صبي، وأجل حولاً، فمات الصبي قبل تمام الحول، فلا شيء على الجاني في قول أبي حنيفة رحمه الله؛ لأن احتمال النبات لولا الموت قائم، وقال أبو يوسف رحمه الله: فيه حكومة عدل - والله أعلم -.

١٩١٣٦- وإذا ضرب سن رجل، فاسودّ السن بضربه، ثم جاء آخر ونزعها، فعلى الأول: تمام الأرش، وعلى الثاني: حكومة عدل.

وإذا نزع سن رجل، وسن الجاني سوداء، أو صفراء، أو حمراء، أو خضراء، والنزع كان عمداً يتخير المجنى عليه إن شاء اقتص من سنه، وإن شاء ضمّنه أرش سنه

(١) هكذا في ظ وف، وكان في الأصل وم: "لا تفضيل".

خمس مائة، وإن كان المعيوب سن المجنى عليه، فله أرشها حكومة عدل، ولا تقتص منه بسنه -والله أعلم-.

نوع آخر

فى اللسان:

١٩١٣٧- قال محمد رحمه الله وفى "الأصل": فى اللسان الدية، يريد به حالة الخطأ للحديث، ولفوات جنس منفعة على الكمال، وهى منفعة النطق التى يمتاز الأدمى بها من سائر الحيوانات، وإذا قطع بعض اللسان إن منعه عن الكلام، ففيه كمال الدية؛ لأنه فوت جنس منفعة على الكمال^(١)، وهو المعول عليه فى إيجاب كمال الدية لا نفس العضو، ألا ترى لو قطع لسان أخرس، فإنه لا تجب الدية؛ لأنه لم يفوت جنس منفعة، ولا فوت جمالا على الكمال، فأما إذا منعه عن بعض الكلام دون البعض، فإنه تجب الدية بقدر ما فات، إن كان الفأنت نصفاً يجب نصف الدية، وإن كان ربعاً يجب ربع الدية، وكيف يعرف مقدار الفأنت من القائم؟ اختلف المشايخ المتأخرون فيه، قال بعضهم: يمتحن بجميع الحروف المعجمة التى عليها مدار كلام العرب، وهى ثمانية وعشرون حرفاً، فإن أمكنه التكلم بنصف الحروف أربعة عشر، وعجز عن النصف علم أن الفأنت نصف الكلام، فجب نصف الدية، وإن أمكنه التكلم بثلاثة أرباع منها وذلك أحد وعشرون كان الفأنت هو الربع، فيجب ربع الدية، وإن أمكنه التكلم بربعها، وهو سبعة كان الفأنت ثلاثة أرباعه، فيلزمه ثلاثة أرباع الدية.

والأصل فى هذا ما روى: أن رجلاً قطع طرف لسان رجل فى زمن على رضى الله عنه، فأمره على أن يقرأ: ا، ب، ت، ث، فكلما قرأ حرفاً أسقط من الدية بقدر ذلك، وما لم يقرأ أوجب من الدية بحساب ذلك.

وقال بعضهم: لا يمتحن بجميع الحروف المعجمة، وإنما يمتحن بالحروف المتعلقة باللسان اللازمة؛ لأن من الحروف ما يخرج من الشفتين من غير حركة اللسان كالميم والباء والفاء، ومنها ما يخرج من الحلق من غير حركة اللسان كحروف الحلق، وإذا كان

(١) هكذا فى ظ وف وم، وكان فى الأصل: "على الكلام".

بعض الحروف فيما^(١) يتبياً إقامته من غير اللسان يمتحن بالحروف التي لا يتبياً إقامتها إلا باللسان، فإن أمكنه التكلم بنصف الحروف المتعلقة باللسان اللازمة ولم يمكنه بالنصف كان الفائت نصفها، فيلزمه نصف الدية، وإن أمكنه التكلم بالثلث يلزمه ثلثا الدية، قالوا: والأول أصح لوجهين: أحدهما: أن علياً رضى الله عنه امتحنه فى الكل لا فى البعض، ولأنه إن تبياً إقامة بعض الحروف من غير اللسان، فإنه لا يتبياً إفهامه، وتبيينه من غير لسان، والمقصود من الكلام إنما هو الإفهام، فلهذا وجب الامتحان بجميع الحروف المعجمة التى عليها مدار كلام العرب، لا بالبعض، هذا كله فى لسان البالغ، والكلام فى لسان الصبى يأتى بعد هذا - إن شاء الله تعالى - وإن قطع لسان غيره عمداً ذكر فى الأصل: أنه لا قصاص قطع البعض أو كله، وعن أبى يوسف رحمه الله: أنه إذا قطع الكل، ففيه القصاص.

وجه ما روى عن أبى يوسف رحمه الله: أن استيفاء القصاص فى الكل ممكن بالقطع من أصله، وفى البعض غير ممكن إذا ليس فيه مفصل يوقف عليه.

وجه ما ذكر فى "الأصل": أن القطع فى اللسان يختلف باختلاف المدد، ألا ترى أنه يجمع ويبسط، فلا يمكن الاستيفاء على وجه المماثلة، وفى "العيون": قال أبو حنيفة رحمه الله: فى اللسان إذا أمكن القصاص يقتصر، وفى "الواقعات": ولا قصاص فى وسط اللسان، ويجب فى رأسه.

وفى "نوادير ابن سماعه" عن محمد رحمه الله: لا قصاص فى اللسان وإن قطع من أصله أو شئ منه.

وإذا ادعى المجنى عليه ذهاب الكلام، يستغفل حتى يسمع كلامه أو لا يسمع، وفى لسان الأخرس حكومة العدل.

نوع آخر:

١٩١٣٨- وفى اللحيين كمال الدية، وفى أحدهما نصفها.

(١) هكذا فى ظ، وكان فى غيرها: "مما".

نوع آخر

فى اليد والأصابع:

١٩١٣٩- وفى اليد القصاص إذا قطعت من المفصل ، وكذا فى الأصابع القصاص إذا قطعت من المفصل ؛ لأن اعتبار المماثلة ممكن إذا حصل القطع من المفصل بأن يصنع المقطوع مفصله السكين على ذلك المفصل ، فيفعل ما فعل الأول ، وإن قطع^(١) من غير المفصل فلا قصاص ؛ لأن اعتبار المماثلة غير ممكن إذا حصل القطع من غير المفصل ، ولا تقتص اليد اليمنى إلا باليمنى ، ولا اليسرى إلا باليسرى ، وكذا فى الأصابع لا تقطع السبابة اليمنى إلا بالسبابة اليمنى ولا السبابة اليسرى إلا بالسبابة اليسرى ، وكذلك لا يقطع الإبهام بالسبابة ولا السبابة بالوسطى ، والحاصل أنه لا يؤخذ شىء من الأعضاء إلا بمثله من القاطع .

١٩١٤٠- قال محمد رحمه الله فى "الأصل" : إذا قطع رجل يد رجل ، وفيها ظفر مسودّ ، أو جرح ، فإن كان فيه ظفر مسودّ ، فإنه يجب القصاص ، وإن لم يكن ظفر يد القاطع مسودّ ؛ وذلك لأن اسوداد ظفر المقطوعة يده مما لا يوجب نقصاناً عن دية يده ؛ لأنه لا يوجب نقصاناً فى منفعة اليد وهى البطش ، ألا ترى أنه لو قطع يده خطأ كان على عاقلة القاطع نصف الدية ، وإذا لم يكن لاسوداد الظفر أثر فى نقصان دية اليد صار وجود هذا العيب وعدمه بمنزلة ، فلا يمنع وجوب القصاص ، وكان كيد فيها شلول ، أو آثار جدرى قطعه إنسان ويد القاطع ليس بها هذا العيب ، فإنه يقطع يده بذلك ؛ لأن هذا العيب لم يوجب نقصان بدل اليد ، فصار وجوده وعدمه بمنزلة ، وكان كالعين الحوراء تفقأ بالزرقاء ، وإن كان الحوراء أحسن من الزرقاء ؛ لأن الزرق لا يوجب نقصاناً فى دية العين ، فجعل وجوده وعدمه بمنزلة ، وهذا لأنه لا بد من قليل عيب يكون بيد أحدهما ، فلو اعتبر ذلك مانعاً لامتنع جريان القصاص فى الأطراف ، وهذا مما لا وجه له .

هذا إذا كان ظفر المقطوعة يده مسودّ ، فأما إذا كان بيده جراحة إن كانت جراحة لا توجب نقصان دية يده ، بأن كان نقصاناً لا يوهن فى البطش ، فإنه لا يمنع وجوب

(١) هكذا فى ظ ، وكان فى غيرها : " وإن حصل القطع " .

القصاص، ويجعل وجود هذا العيب وعدمه بمنزلة، وإن كان نقصاناً يوهن فى البطش حتى يجب بقطعه حكومة عدل، لا نصف الدية كان بمنزلة اليد الشلاء، واليد الصحيحة لا تقطع بالشلاء؛ لأن الكامل لا يقطع بالناقص، ولأن المساواة فى القيمة شرط ولم يوجد.

١٩١٤١- وإذا قطع الرجل من يد رجل إصبعاً زائدة، فلا قصاص فيه، سواء كان للقطاع إصبع زائدة، أو لم يكن للقطاع إصبع زائدة، فلا يجب القصاص لوجهين: أحدهما: وهو أن القطاع قطع إصبعاً زائدة، وليس له إصبع زائدة، ولا وجه إلى قطع إصبع أخرى، فلا يجب القصاص كمن قطع إبهام إنسان، وليس له إبهام.

والثانى: أن المساواة فى القيمة شرط لجريان القصاص فى الأطراف ولم يوجد؛ لأن قيمة الإصبع الزائدة حكومة عدل، وقيمة إصبع غير زائدة أرش مقدر، ولا مساواة بينهما فى القيمة، وكان بمنزلة الحر إذا قطع يد العبد، أو العبد قطع يد العبد لا يجب القصاص؛ لأنه لم توجد المساواة فى القيمة، كذا ههنا، وإن كان للقطاع إصبع زائدة لا يجب القصاص لعله واحدة، وهى أن المساواة فى القيمة قطعاً وقيناً شرط، ولم يوجد؛ لأن الواجب فى قطع الإصبع الزائدة حكومة عدل، وحكومة العدل إنما تعرف بالقيمة، والقيمة تعرف من حيث الحرز والظن، ولهذا لم يجب^(١) القصاص فى أطراف العبيد.

فإن قيل: أليس أن القصاص يجرى فى الشجاج التى هى دون الموضحة، والمساواة فى القيمة لا تعرف قطعاً وقيناً؛ لأن الواجب فيما دون الموضحة حكومة عدل.

والجواب عنه ما قلنا: إن القياس أن لا تعتبر المساواة فى القيمة فى الأطراف، وإنما تعتبر المساواة فى الأجزاء؛ لأن المستوفى هو الأجزاء، وإنما اعتبرنا المساواة فى القيمة شرطاً نصاً بخلاف القياس، وما ثبت نصاً بخلاف القياس لا يقاس عليه غيره، والنص الوارد باعتبار مساواة القيمة فى الأطراف، وفيه تفويت منفعة وإلحاق الشين لا يعتبر وارداً فى هذا الشجاج دلالة، وفيها إلحاق شين بلا تفويت منفعة، فيرد هذا الشجاج إلى ما يقتضيه القياس.

(١) وفى الأصل: "لم يجر".

١٩١٤٢- وإذا قطع الرجل كف رجل من المفصل ، وفيها إصبع زائدة ، هل يجب القصاص؟ إن كان الإصبع الزائدة مما لا يوهن الكف ، ولا يوجب نقصاناً في البطش ، فإنه يجب القصاص ؛ لأن الإصبع الزائدة إذا كانت مما لا يوهن الكف ، ولا يوجب نقصاناً في البطش ، فإنه لا يوجب نقصاناً في دية اليد ، فيجعل وجود هذا النقصان وعدمه بمنزلة ، وإن كان يوهن الكف ويوجب نقصاناً في البطش ، فإنه لا يوجب القصاص ؛ لأنه بمنزلة اليد الشلاء ، ألا ترى أنه لو قطعها إنسان خطأ لا تحب دية اليد ، وإنما يجب حكومة عدل ، واليد الصحيحة لا تقطع بالشلاء ، فكذا هذا .

١٩١٤٣- وإذا قطع يد رجل عمداً ويد القاطع ناقصة ، فهذا على وجهين : إما أن تكون ناقصة وقت القطع ، أو انتقصت بعد القطع ، فإن كانت ناقصة وقت القطع فهذا على وجهين : إما أن تكون ناقصة من حيث الصفة بأن كانت شلاء ، فإنها ناقصة من حيث الصفة ؛ لأن الفأنت إنما هو الصحة لا المقدار ولا الأجزاء ، والصحة صفة ، أو كانت ناقصة من حيث القدر بأن كانت فائتاً إصبعاً أو إصبعين .

فإن كان النقصان من حيث الصفة ، فالمقطوعة يده بالخيار ، فإن اختار القطع ، فلا شيء له مع القطع عندهم جميعاً ؛ لأن الفأنت مجرد الصفة ، ومجرد الصفة لا قيمة لها بانفراها فيما وجب اعتبار المماثلة فيه شرعاً ، كما في مال الربا .

وإن شاء لم يقطع ، وأخذ دية يده حتى يصل إليه بدل حقه على الكمال من ماله ؛ لأنه كان متعمداً في القطع ، وكان الصدر الشهيد برهان الأئمة يقول : إنما يثبت الخيار للمقطوعة يده في هذه الصورة إذا كانت الشلاء مما يتنفع بها مع ذلك ، فأما إذا كانت غير متنفع بها فهي ليست بمحل للقصاص ، فلا يخير المجنى عليه حيثئذ ، بل له دية يد صحيحة كما لو لم يكن للقاطع ذلك اليد أصلاً ، وبه يفتى ، وتفريع المسألة بعد هذا على حسب ما ذكرنا في مسألة العين والسن .

وإن كانت ناقصة من حيث القدر ، فكذلك يتخير ؛ لأنه لو وجد حقه ناقصاً من حيث الصفة دون الأجزاء يتخير ، فإذا وجد حقه ناقصاً من حيث القدر والأجزاء أولى أن يتخير ، فإن اختار القطع ، فلا شيء له على القاطع .

وقال الشافعي رحمه الله : يأخذ منه أرش ما كان فائتاً من أصابعه ، وذهب في

ذلك إلى أن الفائت من حقه المقدار لا الصفة، فإذا أخذ قدر ما وجد كان له أن يأخذ قيمة الباقي كمن كان له على آخر قفيز رطب، فأخذ منه نصف قفيز، ولم يجد الباقي من الرطب، بأن انقطع أوانه، فإنه يأخذ منه قيمة الباقي، فكذلك هذا بخلاف ما لو كانت شلاء؛ لأن الفائت مجرد صفة، وهى الصحة لا القدر والأجزاء، فإذا اختار، أخذها ناقصة، لا يكون له تضمين الجودة كما لو كان له على آخر قفيز رطب جيد، فأخذ منه قفيز رطب ردىء، وعلم بالرداءة، لا يكون عليه شيء بإزاء الجودة، فكذلك هذا.

وعلماءنا رحمهم الله قالوا: إن الفائت إن كان قدراً من حيث الحقيقة، فهى صفة من حيث المعنى؛ لأن حد الصفة أن لا تفوت بفواته شيء من أصل صاحب الحق، وهنا بفوات الإصبع لم يفت شيء من أصله حق المقطوعة يده، فإن كان حقه القطع من الزائد حتى لو أراد قطع الأصابع لم يمكن من ذلك، وفوات الإصبع لم يوجب نقصاناً فى الزائد، وإذا لم يوجب فوات الإصبع نقصاناً فى أصل حقه وهو قطع الزائد كان الإصبع بمنزلة الصفة فى حقه، فكان بمنزلة الشلاء بخلاف ما لو كان على آخر قفيز رطب وأخذ نصف قفيز؛ لأنه استوفى نصف حقه لا الكل، فأما ههنا استوفى كمال حقه لما قطع الزائد إلا أنه استوفاه ناقصة من حيث الجودة كما فى الشلاء.

هذا إذا كانت ناقصة وقت القطع، فأما إذا انتقصت بعد القطع، فهذا على وجهين: إن كان النقصان حاصلًا لا بفعل أحد بأن سقط إصبع من أصابعه لآفة سماوية، فالجواب فيه كالجواب فيما لو كانت ناقصة وقت القطع، فكل جواب عرفته ثمة، فهو الجواب هنا، وإن فات بفعل أحد بأن قطع إصبع من أصابعه ظلمًا، أو قطع القاطع إصبعًا من أصابعه، أو قضى به حقًا واجبًا عليه، فالجواب فيه كالجواب فيما لو فات بآفة سماوية، هكذا ذكر شيخ الإسلام فى شرحه، فهذا إشارة إلى أن للمقطوعة يده الخيار فى الفصول كلها غير أن النقصان إذا كان بآفة سماوية، واختار قطع اليد لا شيء له من الأرض بلا خلاف، وإن كان النقصان بفعله، واختار القطع لا شيء له من الأرض عندنا، والوجه فى ذلك أن الإصبع بمنزلة الجودة لحقه من حيث المعنى، وقد ذكرنا أن الجودة على الانفراد مما لا يضمن بالإتلاف فيما وجب اعتبار المماثلة فيه شرعًا، كما فى مال الربا.

وذكر الشيخ الإمام شمس الأئمة الحلواني في شرحه : أنه إن قطع إصبعه بقصاص وجب عليه فى الإصبع ، فللمقطوعة يده الخيار ، وإن قطع يده ظلماً فلا خيار ، وليس له إلا القصاص ، وأشار إلى الفرق ، فقال : إذا قطع إصبعه قصاصاً ، فقد قضى به حقاً مستحقاً عليه ، فيصير متلفاً بعض حق صاحب الحق ، فيكون له الخيار ، ولا كذلك ما إذا قطع يده ظلماً ، وهذا الفرق إشارة إلى أنها لو سقطت بأفة سماوية لا خيار له .

وذكر الشيخ الإمام الزاهد أحمد الطواويسى فى شرحه أنها إذا قطعت لقصاص ، فله الخيار ، وإذا قطعت ظلماً أو بأفة سماوية ، فلا خيار ، وأشار إلى الفرق ، فقال : ما قطع قصاصاً ، فهو محسوب عليه ، فكأنه منعها ، فيوجب الخيار ، ولا كذلك ما ذهب بأفة سماوية ، أو قطعت ظلماً .

وفى "شرح الجامع" من تعليقى فيما إذا قطعت إصبع القاطع ظلماً أن محمداً رحمه الله لم يذكر الخيار ، والصحيح أنه لا خيار للقاطع ، وكتبت فى الفرق بين هذه الصورة وبينما إذا كانت يد القاطع من الابتداء ناقصة بإصبع أن يد القاطع إذا كانت ناقصة وقت القطع ، فحق المقطوعة يده فى يد كاملة لكون اليد المقطوعة كاملة ، ويد القاطع ليست بكاملة ، فتعلق حقه بهذا اليد ، وبقي وصف الكمال حقاً له لا تعلق له بمحل لانعدام وصف الكمال فى يد القاطع ، فإن شاء استوفى الأصل ورضى ببطلان وصف الكمال ، وإن شاء نقل حقه إلى محل يتمكن من استيفاء حقه فى الأصل ، والوصف ، وهو الدية ، فأما فيما نحن فيه فوصف الكمال فى يد القاطع كان حقاً ثابتاً وقت القطع ، فتعلق حق صاحب القصاص بكماله بها ، ثم بعد ذلك إذا فاتت إصبع منها ، فقد فات محل الاستيفاء ، فبطل من الحق بقدر ما فات من المحل ، ألا ترى أنه لو هلك كل يد القاطع بطل القصاص ، فكذا إذا هلك البعض .

١٩١٤٤- هذا إذا كان يد القاطع قائمة وقت القطع ، وأما إذا كانت فائتة وقت القطع بأن قطع يمين رجل ولا يمين للقاطع ، فحق المقطوعة يده فى الأرض فى ماله ؛ لأنه لم يجد عين حقه ، فكان له بدل حقه ، فإن كان يد القاطع قائمة وقت القطع ، ثم فاتت بعد ذلك ، فهذا على وجهين : إما إن فاتت لا بفعله بأن فاتت بأفة سماوية ، بأن وقعت فيها أكله فسقطت ، أو قطعها إنسان ظلماً ، أو فاتت من جهته بأن قضى حقاً واجباً عليه ،

أو أتلّفه بنفسه بأن قطع يمينه، فإن فاتت بعد القطع لا بفعله، فإنه يبطل حق المقطوعة يده؛ وذلك لأن حق المقطوعة يده في العين، فيفوت حقه لفوات العين كالعبد الجاني إذا هلك، وكمال الزكاة إذا هلك، ولا يضمن القاطع بدله؛ لأن يد القاطع بالقطع لم تزل عن ملكه بدليل أنه لو قطعه إنسان ظلماً، كان القصاص للقاطع، وإن قطعه خطأ كان الأرض له، فدل أن يد القاطع باقٍ على ملكه إلا أنه تعلق به حق الغير، وتعلق حق الغير بملك الإنسان لا يجعل ملكه مضموناً عليه ما لم يوجد منه تعد على الحق، ألا ترى أن تعلق حق الفقير بمال الغني بسبب الزكاة، وتعلق حق^(١) المجنى عليه بالعبد الجاني لا يجعل ملكه مضموناً عليه ما لم يوجد منه تعدّ حتى لو هلك في يده لم يكن عليه ضمان، فكذلك هذا.

فإن قيل: حق الغير إنما يتعلق بملكه بتعديه، فيعتبر بما لو حصل في يده ملك الغير بتعديه، ولو حصل ملك الغير في يده بتعديه كان مضموناً عليه، وإن حصل في يده لا بتعديه لا يكون مضموناً، فكذا إذا حصل حق الغير في يده بتعديه، بخلاف حق الفقير وحق المجنى عليه؛ لأنه تعلق بماله بغير تعديه.

قلنا: تعلق حق الغير بملكه بتعديه إلا أنا متى جعلنا الحق مضموناً عليه قبل أن يوجد منه تعد على الحق لم يكن لملك القاطع في يد غيره، فالملك منافٍ للضمان، ومتى لم يحصل مضموناً عليه بالتعدى سقط اعتبار الحق أصلاً، فوفرنا على الملك، وعلى الحق حفظهما، قلنا لا اعتبار ملك المحل: لا يصير المحل مضموناً عليه قبل وجود التعدى منه، فإن تعلق حق الغير بتعديه، ولا اعتبار الحق جعلنا مضموناً عليه، فمتى وجد التعدى منه، وإن كان المتلف ملكه توفيراً على الملك والحق حفظهما بقدر الإمكان، وإذا لم تصر اليد مضموناً قبل وجود التعدى كان بمنزلة الأمانة في يده، فكان كمال الزكاة والعبد الجاني، والأمانة متى هلكت من غير تعدّ وجد من كانت الأمانة في يده لاضمان عليه، وإن فات بفعله بأن قطع القاطع يد نفسه، أو قضى به حقاً واجباً عليه بأن قطع يده في قصاص أو سرقة صار ضامناً؛ لأنه أتلّف حق الغير إما بالإنلاف أو بالقصاص، فصار ضامناً، وصار كمال الزكاة، فإنه يضمنها صاحب المال حالة الاستهلاك، ولا

(١) هكذا في ظ، وفي الأصل وفي ف وم: "وتعلق حق مولى المجنى عليه".

يضمن حالة الهلاك، فكذاك هنا بخلاف العامل إذا هلك نفسه، أو قضى نفسه حقاً واجباً عليه بأن قتل غيره عمداً حتى قتل به أو وجب عليه رجم فإنه لا يضمن وإن أتلّف حق الغير؛ لأن المثلّف ليس بمال من كل وجه بخلاف الطرف على ما بيّنّا - والله أعلم - .

١٩١٤٥- قال: وإذا قطع المفصل الأعلى من إصبع رجل عمداً واقتص منه، ثم قطع أحدهما بعد ذلك يد صاحبه عمداً، فلا قصاص بينهما .

١٩١٤٦- فى "النوازل": مقطوع الإبهام من يده اليمنى، إذا قطع يمين مثله لا قصاص بينهما، وكذا مقطوع اليد اليمنى، إذا قطع ساعد مثله لا قصاص؛ لأن شرط جريان القصاص فى الأطراف المساواة فى الأجزاء صورةً ومعنىً، وإنما تعرف المساواة بين الأجزاء معنىً بالمساواة فى بدلها^(١)، ولا مساواة بين الساعدين فى البديل إذا ليس للساعد أرش مقدر، إنما فيه حكومة عدل، وحكومة العدل تعرف بالظن والاجتهاد، وما للاجتهاد فيه مجال، لا يخلو عن نوع تفاوت، فلا تتحقق المساواة معنىً .

١٩١٤٧- قال محمد فى "الأصل": وإذا قطع الرجل إصبع رجل من المفصل، ثم قطع يد آخر، وبدأ باليد، ثم قطع الإصبع، وذلك كله فى يد واحدة بأن كان فى اليمنى أو فى اليسرى، وحضر صاحب الإصبع والمقطوعة يده وطلباً من القاضى القصاص فإن القاضى أولاً يقطع الإصبع، ثم يخير صاحب اليد، فإن شاء قطع الباقي بحقه، ولا شئ له من أرش الإصبع، وإن شاء لم يقطع يده، وكان له دية اليد فى ماله، أما يقطع القاضى أولاً الإصبع لصاحب الإصبع، ولا يقطع يده أولاً لصاحب اليد؛ لأنه اجتمع فى إصبع القاطع حقان حق صاحب الإصبع؛ لأنه قطعه إصبعه وحق صاحب اليد؛ لأن حق صاحب اليد فى يد مع الأصابع، وتعذر إيفاء^(٢) الحقين بكماله من الإصبع، وتعذر بينهما بالشركة فى الإصبع بأن يقطع الإصبع لهما؛ لأنه لا حق لصاحب اليد فى قطع الإصبع؛ لأن القاطع لم يكن وضع السكين على مفصل الإصبع، وإنما وضع سكينه على الزند، وليس لولى القصاص أن يضع السكين على موضع لم يضع القاطع السكين عليه، وإذا تعذر إيفاء الحقين بكماله من الإصبع وتعذر القضاء

(١) وكان فى الأصل وف: "فى بدلها".

(٢) وكان فى الأصل: "إيصال" مكان: "إيفاء".

بينهما بالشركة لا بد من البداية بأحدهما، وكانت البداية بصاحب الإصبع أولى؛ لأنه متى بدأنا بصاحب الإصبع لا يفوت حق صاحب اليد في الكل، بل يبقى في الباقي، ومتى بدأنا بصاحب اليد، وأطلقنا له القطع من الزند حتى يصل إليه حقه بكماله يفوت حق صاحب الإصبع في الإصبع كله، وتفويت حق أحدهما في البعض أهون من تفويت حق أحدهما في الكل، فكانت البداية بحق صاحب الإصبع أولى من هذا الوجه.

فرق بين هذا وبينما إذا قطع رجل يميني رجلين، ثم جاء، وطلبنا حقهما من القاضى فإن القاضى لا يبدأ بأحدهما، بل يقضى لهما بالقصاص في يمينه، ودية اليد في ماله؛ لأنه إن تعذر إيفاء حق كل واحد منهما في القصاص بكماله لم يتعذر القضاء لهما بالقطع على سبيل الشركة^(١)؛ لأن كل واحد منهما يقطع يد القاطع من الموضع الذى وضع القاطع السكين على يده، ولما أمكن القضاء لهما بالقصاص لم يجز القضاء لأحدهما، وقد استويا في سبب الاستحقاق، فأما ههنا تعذر القضاء بقطع الإصبع لهما؛ لأنه ليس لصاحب اليد أن يضع السكين على مفصل إصبعه، وإذا تعذر القضاء لهما بالإصبع وجب القضاء لأحدهما، فكان القضاء بالإصبع لصاحب الإصبع أولى من القضاء لصاحب اليد؛ لما بينا.

١٩١٤٨ - وإذا قطع الإصبع لصاحب الإصبع بعد هذا يتخير صاحب اليد؛ لأن حقه كان في يد كان فيها خمس أصابع؛ لأنه قطع يده وفيها خمس أصابع، وقد وجد يداً فيها أربع أصابع، فكان ما وجد أنقص من حقه، فيتخير كما لو سقط هذا الإصبع بأفة سماوية، أو قطعه رجل آخر ظلمًا، فإن صاحب اليد يتخير، فكذلك هذا، وإن شاء لم يقطع، وأخذ منه دية كاملة حتى يصل إلى كمال حقه من حيث البدل إن لم يصل إليه عين حقه بكماله، وإن شاء استوفى كذلك ناقصًا، ولم يكن له على القاطع أرش الإصبع الذى قطع منه كما لو سقط الإصبع منه بأفة سماوية، أو قطعه القاطع بنفسه إذا اختار قطع اليد، لم يكن له أن يأخذ مع القطع أرش الإصبع، فكذلك هنا.

فإن قيل: يجب أن يكون له أرش الإصبع متى اختار قطع يده؛ لأن من عليه

(١) وفي م: "المشاركة".

القصاص فى اليد قضى بإصبعه حقًا واجبًا عليه ، ومن عليه القصاص فى الطرف إذا قضى بطرفه حقًا مستحقًا عليه يضمن الأرض كما لو قطع يمينى رجلين ، فحضرًا ، وقضى لهما بالقصاص ، أو حضر أحدهما ثم حضر الغائب فإنه يضمن الدية ؛ لأنه قضى بنصف اليد ، أو بجميع اليد حقًا واجبًا عليه ، فصار ضامنًا للأرض ، فكذلك هذا .

فالجواب : أن من عليه القصاص إذا قضى بطرفه حقًا مستحقًا عليه إنما يضمن أرضه إذا كان حق من له القصاص فى المحل الذى قضى له حقًا مستحقًا عليه ثابتًا مقصودًا ، أما فى كل موضع كان حقه ثابتًا تبعًا فلا ، ألا ترى أن من قطع يد إنسان وقتل آخر ، وقطعت يده لصاحب اليد ، وقتل لصاحب النفس لا يغرم لصاحب النفس أرض اليد ، وقد قضى بيده حقًا مستحقًا عليه ؛ وهذا لأن حق من له النفس فى اليد ثابت تبعًا ، والمعنى فيه أن فى إيجاب الأرض اعتبار الحق مقصودًا ، وما هو تبع فى حكم لا يصير مقصودًا فى حق ذلك الحكم ، إذا ثبت هذا ، فنقول : حق صاحب اليد فى الإصبع ثابت تبعًا ؛ لأن الجانى ما وضع السكين على إصبعه ، وإنما ثبت حقه فى الإصبع تبعًا ؛ لأنه فات تبعًا لفوات اليد ، ألا ترى أنه لو أراد قطع الإصبع ، منع منه ، ولو فعل يعذر ، فهو معنى قولنا : إن حق صاحب اليد فى الإصبع ثابت تبعًا ، فلهذا لا يغرم الأرض .

١٩١٤٩- هذا الذى ذكرنا إذا كان صاحب الإصبع وصاحب اليد حاضرين ، وقد طلبا حقهما ، فأما إذا كان أحدهما حاضرًا ، والآخر غائبًا إن كان الحاضر صاحب الإصبع لا شك أنه يقطع الإصبع له ؛ لأن صاحب اليد لو كان حاضرًا معه كان يقطع الإصبع له ، فإذا كان صاحب اليد غائبًا أولى .

وإن كان الحاضر صاحب اليد ، فإنه يقطع له ، وذلك لأن حق الحاضر فى اليد قد ظهر ، وثبت وحق الغائب فى الإصبع عسى يظهر وعسى لا يظهر ، بأن لا يطلب ، أو يعفو ، وحق قد ظهر لا يجوز أن يؤخر لحق عسى يظهر وعسى لا يظهر ، ألا ترى أنه لو قطع يمينى رجلين وأحد ولّى القصاص حاضر ، والآخر غائب ، إذا جاء الحاضر ، وطلب حقه ، فإن القاضى يقضى له بقطع يده ؛ لأن حق الحاضر قد ظهر ، وحق الغائب عسى يظهر ، وعسى لا يظهر ، فكذا هذا ، فإذا جاء صاحب الإصبع بعد ذلك ، فإنه يأخذ أرض الإصبع من ماله ؛ لأنه صار قاضيًا بأصل حقه حقًا وجب عليه ، ومن عليه القصاص إذا

صار قاضياً بما هو أصل حق ولى القصاص حقاً عليه، أو أئلفه ضمن.

١٩١٥٠- ولو قطع رجل إصبع رجل من المفصل الأعلى، ثم قطع إصبع آخر من المفصل الأوسط، ثم قطع إصبع آخر من المفصل الأسفل، وذلك كله فى إصبع واحدة، فهذا على وجهين: إما أن يكون أصحاب الأصابع حضوراً، وبعضهم غيب، فإن كان الكل حضوراً، وطلبوا من القاضى حقهم، فإن القاضى يقطع المفصل الأعلى لصاحب الأعلى، ولا يقطع لصاحب الأوسط والأسفل، وإن كان حق صاحب الأسفل والأوسط ثابتاً فى الأعلى؛ لأنه لا حق لهما فى قطع المفصل الأعلى على سبيل الشركة؛ لأن القاطع لم يضع السكين على المفصل الأعلى من إصبعهما، وإنما وضع على صاحب المفصل الأعلى، فإذا تعذر قطع المفصل الأعلى لهما على سبيل الشركة وجبت البداية بحق أحدهم، وكانت البداية بحق صاحب المفصل الأعلى، وإنه لا يفوت حق الآخرين فى الكل، وإنما يفوت فى البعض أولى من البداية لصاحب المفصل الوسطى والسفلى، وفى ذلك تفويت حق صاحب الأعلى من كل وجه، ثم خير صاحب المفصل الوسطى؛ وذلك لأن حقه كان فى مفصلين؛ لأن الفأنت عليه مفصلان، وقد وجد أحدهما، فیتخیر كما يتخير صاحب اليد بعد ما قطعنا الإصبع لصاحب الإصبع، فإن شاء قطع من القاطع مفصله الوسطى، ولا شىء له من دية الإصبع، وإن قضى بالمفصل الأعلى حقاً واجباً عليه؛ لأن حق صاحب المفصل الثانى فى الفصل الأعلى ثابت تبعاً، وإن شاء لم يقطع، وضمته ثلثى دية الإصبع؛ لأنه فوت عليه من إصبعه مفصلين، فيضمن لكل مفصل بثلث دية الإصبع، فإذا قطع تخير صاحب المفصل الأسفل، فإن شاء قطع، ولا شىء له من دية الأصابع؛ لما بيننا، وإن شاء لم يقطع، وأخذ دية إصبعه بكماله من ماله؛ لأنه فوت عليه إصبعاً كاملاً.

وإن حضر أحدهم، وغاب الآخران إن كان الحاضر صاحب المفصل الأعلى يقطع له؛ لأنه لو كان الآخران حاضران معه، كان يقطع له، فإذا كانا غائبين أولى، فإن قطع المفصل الأعلى له، ثم حضر الآخران، فإنهما يتخيران من الوجه الذى ذكرنا، فإن اختار القطع لا يضمن لكل واحد منهما شيئاً.

١٩١٥١- وإذا قطع كف رجل من مفصل، ثم قطع الآخر من مرفقه، وكانا

حاضرين، فإنه يبدأ بحق صاحب الكف، يقطع كفه لصاحب الكف، ولا يبدأ بحق صاحب المرفق، وذلك لأنه اجتمع في يد القاطع حقان حق لصاحب الكف وحق لصاحب المرفق، وقد تعذر إيفاء الحقين بكما لهما، وتعذر القضاء بقطع الزند بين صاحب الكف والمرفق على سبيل الشركة، ؛ لأنه لا حق لصاحب المرفق في قطع الزند؛ لأن القاطع لم يكن وضع السكين على زنده، ولا يمكن القضاء بقطع المرفق لهما؛ لأنه لا حق لصاحب الكف في المرفق، وإذا تعذر القضاء بالشركة وجب البداية بأحدهما، فكانت البداية لصاحب الكف، والقطع له لا يؤدي إلى تفويت حق صاحب المرفق أصلاً أولى، فإذا قطع الكف تخير صاحب المرفق؛ لأنه وجد حقه ناقصاً؛ لأن حقه في يد كامل وقد وجد اليد ناقصاً فيتخير، فإن اختار القطع، فلا شيء له، وإن قضى بالكف حقاً واجباً عليه؛ لما مرّ.

هذا إذا كانا حاضرين، فأما إذا كان أحدهما حاضراً، والآخر غائباً، فإنه يبدأ بحق الحاضر أيهما كان؛ لما ذكرنا أن حق الحاضر قد ظهر، وحق الغائب عسى يظهر وعسى لا يظهر، وحق قد ظهر لا يجوز أن يؤخر لحق عسى يظهر، وعسى لا يظهر.

١٩١٥٢- قال محمد رحمه الله في "الجامع": رجل قطع يد رجل عمداً ويد القاطع صحيحة^٥ فقطع المقطوعة يده إصبعاً من أصابع القاطع، ثم قطع قاطع اليد يد رجل صحيحة، فالمقطوعة يده آخرًا بالخيار إن شاء قطع ما بقي من يد القاطع مع المقطوعة يده الأول، وإن شاء أخذ ديتته؛ لأن قاطع يده أخذ منه يدًا كاملة، ويد القاطع ناقصة، والتساوى فيما دون النفس معتبر، وكان له الخيار لهذا، فإن قطع المقطوعة يده آخرًا إصبعاً من أصابع القاطع أيضاً، فقد بطل خياره؛ لأن القصاص كان حقاً له، وكان له حق العدول بسبب النقصان، فحين قطع إصبعاً من أصابع القاطع فقد رضى باليد المعيبة فبطل خياره، ويقطع ما بقي من يد القاطع له وللأول لتعلق حق كل واحد منهما بيده.

١٩١٥٣- وإذا قطعت يد القاطع لهما يضمن القاطع للمقطوعة يده أولاً ونصف أرش يده مؤجلاً في سنتين ثلثاه في السنة الأولى وثلثها في السنة الثانية، ويضمن لمقطوعة يده آخرًا ثلاثة أثمان دية يده مؤجلاً على الوجه الذي قلنا، وإنما كان هكذا؛

لأنهما لما قطعاً ما بقى من الأصابع الثلث صار كل واحد منهما مستوفياً إصبعاً ونصف إصبع ، وكان حق الأول فى يد فيها خمسة أصابع ، وصار الأول بقطعه إصبعاً واحدة أول مرة مستوفياً خمس حقه ، وبالقطة الثانى صار مستوفياً خمس حقه ونصف خمس حقه ، وهو إصبع ونصف ، فصار مستوفياً إصبعين ونصف إصبع ، وإنه نصف حقه ، فبقى حقه فى النصف ، فيضمن القاطع له نصف دية اليد لهذا .

والمقطوعة يده آخرأ كان حقه فى يد فيها أربعة أصابع ؛ لأن يد القاطع وقت قطع يده كانت منقوصة بإصبع ، وصار بقطعه أول مرة إصبعاً واحداً مستوفياً ربع حقه ، وبالقطة الثانى صار مستوفياً ربع حقه ونصف ربع حقه ، فصار مستوفياً ربعين ونصف ربع ، فبقى حقه فى ربع ونصف ربع وذلك ثلاثة أثمان .

ويكون ما غرم القاطع لكل واحد منهما مؤجلاً فى سنتين ثلثاها فى السنة الأولى وثلثها فى السنة الثانية ، وكل جزء من أجزاءها يجب أن يكون كذلك ، ودية النفس لما كانت تجب مؤجلة فى ثلاث سنين ، فكل جزء من أجزاء دية النفس يجب كذلك ، حتى إن جماعة لو قتلوا واحداً خطأ حتى وجب على عاقلة كل واحد منهم بعض الدية ، يؤدى ذلك البعض فى ثلاث سنين ، كذا هذا ، ثم يقطع المقطوعة يده آخرأ إصبعاً من أصابع القاطع لم يحكم بسقوط شىء من حق المقطوعة يده أولاً حتى إن حقه بقى فى خمس أصابع ، وإن فات بعض استيفاء محل القصاص ؛ لأنه صار قاضياً به حقاً مستحقاً عليه ، فصارت ذلك مضمونة عليه ، فجعلت باقية حكماً ، ولا كذلك ما إذا كان القاطع أجنياً ؛ لأن هناك ما قضى بطرفه حقاً مستحقاً ، فلم يصير ذلك مضموناً ، بل جعل كأنه فات بأفة سماوية ، ففات الحق ضرورة فوات محل الحق ، أما هنا بخلافه .

ثم إن محمداً رحمه الله اعتبر فى هذه المسألة الأصابع ، ولم يعتبر الكف حيث جعل حق الأول فى خمس أصابع ، وحق الثانى فى أربع أصابع ؛ لأن الكف تابع للأصابع فيما هو المقصود من اليد ، وهو منفعة البطش ، ولهذا يجب الدية بقطع الأصابع مع بقاء الكف ، فلهذا اعتبر الأصابع ، فلو أن المقطوعة يده أولاً مع المقطوعة يده آخرأ ما قطعاً يد القاطع حتى قطع القاطع يد ثالث ، ثم إن المقطوعة يده الثالث قطع إصبعاً من أصابع القاطع ، ثم اجتمعوا ، وقطعوا ما بقى من يد القاطع كان على القاطع للمقطوعة

يده أولاً ثلاثة أخماس دية يده، وثلاث خمس دية يده، وكان عليه للمقطوعة يده ثالثاً ثلاث دية يده، وثلاث ثلث دية يده وهو في الحقيقة أربعة أسباع دية يده، وإنما كان هكذا؛ لأن حق الأول كان في يد فيها^(١) خمسة أصابع، وبالقطة الأول استوفى خمس حقه، وبالقطة الثاني صار مستوفياً ثلثي خمس حقه؛ لأنه صار مستوفياً ثلثي إصبع واحدة، فصار مستوفياً خمس حقه في ثلاثة الأخماس وثلثي الخمس، فيرجع على القاطع بثلاثة أخماس أرش يده وثلاث خمس لهذا، والمقطوعة يده الثاني كان حقه في يد فيها أربعة أصابع، وبالقطة الأول صار مستوفياً ربع حقه وبالقطة الثاني صار مستوفياً ثلثي ربع حقه، فبقى حقه في ربعي حقه، وثلث ربع حقه، فيرجع على القاطع بربعي دية اليد وهو نصف دية اليد، وثلث ربعها لهذا، والمقطوعة يده الثالث كان حقه في يد فيها ثلاثة أصابع، وبالقطة الأول صار مستوفياً ثلث حقه، وبالقطة الثاني صار مستوفياً ثلثي ثلث حقه، فبقى حقه في ثلث حقه وثلث ثلث حقه، فيرجع على القاطع بثلث دية اليد، وبثلث ثلثها لهذا، يكون ما غرم القاطع لكل واحد منهم مؤجلاً في سنتين ثلثاها في السنة الأولى وثلثها في السنة الثانية؛ لما مرّ قبل هذا.

١٩١٥٤- رجل قطع يد رجل عمداً وقطع من رجل آخر تلك اليد أيضاً عمداً، فقطع أحدهما يد القاطع من المرفق، فإنه يبطل إحدى اليدين عن القاطع الأول، ويجب على القاطع الأول^(٢) دية يد بين المقطوعة يدهما نصفان، وإنما كان كذلك؛ لأن اللذين قطعت أيديهما أولاً كان لهما أن يقطعا يد القاطع، ويأخذ دية واحدة بينهما نصفان، فإذا قطع أحد صاحبي اليدين يد قاطع اليدين من المرفق، فهذا منه تعدد، وليس باستيفاء للقصاص؛ لأن القصاص في الأطراف يعتبر فيه المماثلة في المحل والفعل، فإذا وضع السكين فوت محل حقه، صار فعله تعدياً كفعل الأجنبي، ولو كان الأجنبي هو الذي قطع يد القاطع لا قصاص عن اليد لفوات محل القصاص من غير أن يقضى به حقاً مستحقاً، ويجب دية يد واحدة بينهما، فهنا كذلك، بخلاف ما لو قطع أحد صاحبي اليدين يد القاطع من الأصابع فإنه يصير مستوفياً بعض حقه، وإن وضع السكين في غير محل حقه؛ لأنه القطة من الرسغ.

(١) هكذا في ظ وف وم، وكان في الأصل «في يده منها».

(٢) هكذا في ظ وف وم، وكان في الأصل «الثاني» مكان: «الأول».

والفرق أن هناك أتلف ماله حق إتلافه وهو الأصابع ، فإن من قطع يده من الرسغ يتلف الأصابع ، فصار بالقطع من موضع الأصابع أخذاً ماله أخذه واستيفاء ، فيصر مستوفياً حقه ، أما ههنا بخلافه .

ونظير هذا من القصاص إذا أتلف عضواً من أعضائه من عليه القصاص لا يجب عليه القصاص ، ومن له القصاص في الطرف لو أتلف النفس يجب فيه القصاص .

والفرق ما مرّ ، ثم المقطوعة يده من المرفق ، وهو الأول بالخيار إن شاء قطع الزراع من الذى قطع يده من المرفق ، وإن شاء ضمّنه دية يده ، وحكومة عدل في الزراع ، فيكون ذلك في سنتين ثلاثا في السنة الأولى وثلاثا في السنة الثانية ، إلا أن يزيد ذلك على ثلثي الدية ، فحينئذ تجب الزيادة في السنة الثالثة ، وإنما تخير المقطوعة يده من المرفق ؛ لأن يده كانت صحيحة كان له أصابع وكف وساعد ، ويد قاطعة كانت ناقصة إذا كانت لها ساعداً لا كف ، فكانت بمنزلة الشلاء مع الصحيحة ، فلهذا وجب الخيار ، فإن اختار القصاص أخذ ذراعه من المرفق .

١٩١٥٥- فرق بين هذا وبين رجلين لكل واحد منهما ساعد بلا كف ، فقطع أحدهما ساعد صاحبه لا يجب القصاص على القاطع ، وهنا وجب القصاص على الذى له ساعد بلا كف إذا اختار المقطوعة يده من المرفق القصاص ، وهو أنه ثمة إنما يجب باعتبار أن المساواة في القيمة في الأطراف شرط ، والمساواة بين الساعدين من حيث القيمة قطعاً وقيناً ، وإنما تعرف بالحرز والظن بالتقويم ، وذلك يقع التفاوت ، فيعدم شرط جريان القصاص ، أما هنا الذى قطعت من المرفق يد صحيحة ، ولها أرش مقدر شرعاً ، وإن لم يكن للآخر أرش معلوم يقيناً إنه دونه ، وهذا لا يمنع جريان القصاص كالشلاء إذا قطع يداً صحيحة وجب القصاص ، كذا هذا .

وإن اختار الدية كان على القاطع دية اليد ، وحكومة عدل للساعد .

وروى عن أبى يوسف رحمه الله في غير رواية الأصول : أن من قطع يد رجل من المرفق لا يكون عليه في الساعد شيء .

ووجه هذه الرواية : أن الساعد ليس لها أرش مقدر ، فجعل ما ليس له أرش مقدر تابعاً لماله أرش مقدر إذا قطعت جملة ، كما في الكف مع الأصابع .

ووجه ظاهر الرواية : أن المعنى الذى لأجله جعل الكف تابعاً للأصابع باعتبار أن الكف متصل بالأصابع ، وليس للكف أرش مقدر ، فجعل تابعاً للإصبع بهذين المعنيين ، أما الساعد لو جعل تبعاً جعل حقاً للأصابع^(١) لا للكف ؛ لأنه ليس للكف أرش مقدر ، ولم يمكن جعله تبعاً للأصابع ؛ لأنه غير متصل بالأصابع ؛ لأن الكف فاصل ، وإذا وجب دية اليد وحكومة العدل يكون ذلك فى سنتين ثلثاها فى السنة الأولى وثلثها فى السنة الثانية ، وإن كان يزيد ذلك على ثلثى الدية ، فالزيادة تجب فى السنة الأخرى ؛ لأن هذا جناية واحدة ، والجناية الواحدة لا يوجب أرشها فى سنة واحدة أكثر من ثلث الدية ، فيجب ما زاد على ثلث الدية فى السنة الثانية ، وما زاد على ثلثى الدية يجب فى السنة الثالثة .

وكذلك لو أن رجلاً قطع إصبع رجل ، ثم قطع المقطوعة إصبعه يد القاطع من المفصل ، فقد بطل حق صاحب الإصبع ؛ لأنه لما قطع يد القاطع من المفصل ، فقد وضع السكين فوق محل قطعه ، فلم يكن مستوفياً حقه ، بل كان متعدياً ، فصار قطعه وقطع أجنبى آخر سواء ، وهناك يبطل حق صاحب الإصبع ؛ لما ذكرنا قبل هذا ، كذا هذا ، فالمقطوع يده بالخيار إن شاء قطع ما بقى من المقطوع إصبعه ، وإن شاء غرم دية كاملة ؛ لأن المقطوعة إصبعه قطع يد قاطع الإصبع وهى صحيحة ، ويد المقطوع إصبعه ناقصة ، فتخير على الوجه الذى قلنا .

فإن قيل : إذا اختار المقطوعة يده أخذ الدية يجب أن يغرم قاطع اليد أربعة أخماس دية اليد ؛ لأنه قطع يده وإصبع منه كالمملوك له .

قلنا : ملك القصاص ثبت مخالفاً للقياس ؛ لما فيه من الإتلاف بإزاء الإتلاف ، وإنما عرفنا الثبوت بالشرع إذا أراد الاستيفاء من موضع الاستيفاء وإلى ما يقتضيه القياس ، فلم يظهر الثبوت ههنا أصلاً .

١٩١٥٦ - قال محمد رحمه الله فى "الجامع" أيضاً : رجل قطع يمينى رجلين ، فقطع أحدهما إبهام القاطع ، وقطع أجنبى آخر الأصابع البواقى ، ثم إن المقطوعة يده

(١) هكذا فى ف ، وكان فى ظ : "لو جعل تبعاً جعل للأصابع" ، وفى م : "لو جعل تبعاً حقاً للأصابع" .

الذى لم يقطع أصلاً قطع الكف، ولا إصبع فيها، ثم اجتمعوا عند القاضى جميعاً، فالقاضى يقضى على قاطع اليدين دية يد واحدة، وذلك خمسة آلاف درهم بين صاحبي القصاص أخماساً، ويغرم الأجنبى لقاطع اليدين أربعة آلاف درهم.

أما قيمة ما غرم قاطع اليدين بين صاحبي القصاص أخماساً، فباعتبار أن ما قطعه الأجنبى من أصابع قاطع اليدين بعد قطع أحد صاحب القصاص إبهام القاطع يعتبر باقية حكماً؛ لأن أحد صاحبي القصاص لما قطع إصبعاً من أصابع القاطع أولاً صار مستوفياً خمس حقه، فكان المحاسبة معه بالأخماس، وبقطع الأجنبى بعد ذلك أصابع قاطع اليدين لا يتغير هذا الحكم والحساب؛ لأن بقطع الأجنبى الأصابع ظلماً لا يظهر أن أحد صاحبي القصاص حين قطع إصبع يده لم يستوف خمس حقه، وإذا لم يظهر خطأ، حكمنا وحاسبنا^(١) بالأخماس، بقى الحكم، والحساب بالأخماس على حاله كما لو لم يقطع الأجنبى.

وإذا بقى بعد قطع الأجنبى من الحكم ما هو الحكم متى لم يقطع الأجنبى جعل قطع الأجنبى فى حق صاحبي القطع كأن لم يكن، فكان ما قطع الأجنبى من الأصابع باقية حكماً، فصار قاطع الكف قاطعاً الكف مع أربع أصابع، فصار مستوفياً أربعة أخماس حقه، بقى حقه فى الخمس، والأول استوفى خمس حقه لا غير، فبقى حقه فى أربعة الأخماس، فلهذا كان ما غرم قاطع اليدين بين صاحبي القصاص أخماساً. فإن قيل: إذا جعل ما قطع الأجنبى من الأصابع باقية حكماً ينبغى أن لا يغرم الأجنبى شيئاً.

قلنا: هذه الأصابع فائتة حقيقة، إلا أنا جعلناها باقية حكماً؛ لما ذكرنا من المعنى، وذلك المعنى يخص صاحبي القصاص، فبقت العبرة للحقيقة فى حق غيرها، وإنما يغرم الأجنبى أربعة آلاف درهم لقاطع^(٢) اليدين؛ لأنه قطع أربعاً من أصابعه ظلماً، وذلك سالمة له، وإن كان حق صاحبي القصاص متعلقاً بالأصابع المقطوعة إلا أن تعلق حقهما كان لضرورة الاستيفاء مع أن القياس يأباه؛ لما فيه من تعلق الحق بجزء معين من

(١) هكذا فى الأصل، وكان فى غيره: "حاسبنا".

(٢) وكان فى الأصل: "كقاطع" مكان: "لقاطع".

الأجزاء ، فلما كان ضرورياً لا يظهر فيما لاضرورة فيه ، وهو الانتقال إلى البدل ، واعتبر بمن قتل منكوحة إنسان ، فالدية تكون لورثتها دون زوجها ، ولم يتعلق حق الزوج ببدلها لما كان تعلق حقه ضرورياً ، كذا هنا .

١٩١٥٧- وإن اجتمع المقطوعة أيديهما على قطع الكف ، ثم أخذ ادية اليد قسمت بينهما أخماساً ثلثه أخماسها للذي لم يقطع الإبهام ، وخمسها للذي قطع الإبهام ؛ لأن قاطع الإبهام كان استوفى خمس حقه ، والآن حين قطعاً جميعاً الكف ، والأصابع الأربعة قائمة حكماً ، صار مستوفياً خمس حقه ، فصار ما استوفاه في المرتين جميعاً ثلاثة أخماس حقه بقی إلى تمام حقه خمسه ، فيستوفيهما من الدية ، والذي لم يقطع الإبهام صار الآن بقطع الكف مع صاحبه مستوفياً خمس حقه بقی إلى تمام حقه ثلاثة الأخماس ، فيستوفيهما من الدية .

وإن بدأ الأجنبي ، فقطع إصبعاً من أصابع القاطع ، ثم قطع أحد صاحبي القصاص بعد ذلك إصبعاً من أصابع قاطع اليدين ، ثم عاد الأجنبي ، فقطع إصبعاً من أصابع القاطع ، ثم إن الذي لم يقطع شيئاً من أصابع القاطع قطع الكف وعليها الإصبعان ، فإن القاضى يقضى على القاطع بدية يد واحدة ربعها للذي قطع الكف وثلاثة أرباعها للذي قطع الإصبع ، ولا يجعل الإصبع الذى قطعه الأجنبي قبل قطع أحد صاحبي القصاص قائماً حكماً ، بخلاف المسألة الأولى ؛ لأن فى المسألة الأولى ، إنما اعتبر قائماً حكماً ؛ لأن أحد صاحبي القصاص لما استوفى إصبعاً من أصابع القاطع أولاً ، فقد استوفى خمس حقه ، وبعد قطع الأجنبي لا يتغير هذا الحكم ، فجعل ما حصل مقطوعاً بفعل الأجنبي باقياً حكماً ، أما ههنا أحد صاحبي القصاص لم يقطع شيئاً من أصابع القاطع ليصير مستوفياً شيئاً من حقه ليجب الحكم ، بأنه استوفى خمس حقه حتى يقال : بأن ذلك الحكم ، وذلك الحساب لما لم يتغير بقطع الأجنبي جعل قطع الأجنبي وجوده وعدمه بمنزلة ، فلم يجعل ذلك الإصبع قائماً حكماً ، فكان تاوياً عليهما بقيت شركتهما فيما بقی ، وقد بقی كف عليها أربع أصابع ، فانتتهت شركتهما إلى هذا ، فإذا جاء أحد صاحبي القصاص و قطع إصبعاً ، فقد استوفى ربع حقه ، وجرى الحكم بذلك ، فيجعل الإصبع الذى قطع الأجنبي بعد ذلك قائماً حكماً ؛ لما مرّ ، فصار قاطع الكف مستوفياً كفاً فيها ثلاث أصابع حكماً ، فصار مستوفياً ثلاثة أرباع حقه ، بقی حقه

فى الربع وحق الذى قطع الإصبع فى ثلاثة الأرباع، فيقسم الدية المأخوذة بينهما أرباعاً لهذا.

فإن اجتمع صاحبا القصاص على قطع الكف مع الإصبعين، فالدية المأخوذة تقسم بينهما أثماناً، ثلاثة أثمانها لقاطع الإصبع، وللآخر خمسة أثمانها؛ لأن قاطع الإصبع صار مستوفياً ربع حقه، وحين قطع الكف، وفيها ثلاثة أصابع صار مستوفياً إصبعاً ونصف وهو ربع حقه ونصف ربع، فصار مستوفياً ربعين ونصف ربع وهو خمسة الأثمان بقی حقه فى ثلاثة الأثمان، والآخر صار قاطعاً إصبعاً، ونصف إصبع وهو ربع حقه وهو ثلاثة أثمان حقه، فبقى حقه فى خمسة الأثمان، فلهذا قال : الدية المأخوذة تقسم بينهما أثماناً.

١٩١٥٨- قال محمد رحمه الله فى "الزيادات": رجل قطع المفصل الأعلى من إصبع رجل، وبرئ منه، ثم عاد و قطع المفصل الثانى من ذلك الإصبع، وبرئ منه أيضاً، ثم اختصما إلى القاضى، فالقاضى يقضى على القاطع بالقصاص فى المفصل الأعلى دون المفصل الثانى، وهذا لأن التساوى فى الأطراف شرط جريان القصاص فيها، وقد وجدت المساواة بين الإصبعين فى المفصل الأعلى دون الثانى؛ لأنه لما تخلل بين القطعين برء لا بد وأن يعتبر كل قطع جنائية على حدة، وإذا اعتبر كذلك، فنقول: حين قطع المفصل الأعلى، فإصبع كل واحد منهما صحيحة، فتحقق شرط جريان القصاص وهو المساواة، وأما حين قطع المفصل الثانى فإصبع القاطع صحيحة، وإصبع المقطوع مفصلة ناقصة بمفصل، فانقطع شرط جريان القصاص وهو المساواة.

فإن قيل: إصبع القاطع وقت قطع المفصل الثانى، وإن كانت صحيحة صورة، فهى ناقصة معنى؛ لأن المفصل الأعلى من إصبعه صار مملوكاً بالقطع الأول، فصار كالفائت معنى.

قلنا: ملك القصاص ملك ضرورى لا يظهر إلا فى حق الفعل عند الفعل، فقبله يكون معصوماً مملوكاً لصاحبه، ولو كان الاستحقاق ثابتاً قبل الفعل إلا أن مجرد الاستحقاق لا يثبت النقصان لامحالة؛ لأن النقصان إنما يحصل بالاستيفاء، والاستيفاء يسقط بأسباب، ألا ترى أنه مندوب إلى العفو، فلم يثبت النقصان بمجرد الاستحقاق،

فلا يجعل المستحق كالفائت، ألا ترى أن من عليه القصاص فى النفس، أو الطرف إذا قتله إنسان، أو قطع طرفه، فإنه يجب عليه القصاص له إن كان عمداً، والدية إن كان خطأ، ولو كان الاستحقاق ثابتاً قبل الفعل على الجواب الأول، أو كان يثبت النقصان بمجرد الاستحقاق على الجواب الثانى، لكان الجواب على عكس هذا، واستشهد فى الكتاب، فقال: ألا ترى أن من قطع من إصبع رجل المفصل الأعلى، ثم إن القاطع جاء إلى رجل مقطوع المفصل الأعلى وقطع منه المفصل الثانى، ثم اختصموا إلى القاضى، فالقاضى يقضى على القاطع بالقصاص فى المفصل الأعلى للأول، ولا يقضى بالقصاص فى المفصل الثانى للثانى، وطريقه ما قلنا.

ثم سأل على نفسه سؤالاً، فقال: هاتان جنايتان على رجلين، وما ذكرنا جنايتان على رجل واحد، فلا يشبه هذا ذلك.

ثم أجاب فقال: ألا ترى أنه لو قطع من إصبع رجل المفصل الأعلى وبرئ، ثم مات بسبب آخر، وورثه رجل، وكانت إصبع الوارث مقطوعة المفصل الأعلى، فجاء القاطع قطع من إصبع الوارث المفصل الثانى كان للوارث أن يقطع المفصل الأعلى من إصبع القاطع قصاصاً لمورثه، ولا يقطع المفصل الثانى قصاصاً لنفسه هاتان الجنايتان لشخص واحد، ؛ لأن ما كان للمورث انتقل إلى الوارث، فعلم أنه لا عبرة لاتحاد المستحق، إنما العبرة للتساوى وعدمه، وقد وجد التساوى حال قطع المفصل الأعلى، ولم يوجد حال قطع المفصل الثانى.

١٩١٥٩- هذا الذى ذكرنا إذا قطع المفصل الأعلى^(١) وبرأ، ثم عاد، وقطع المفصل الثانى، فأما إذا قطع المفصل الأعلى فلم يبرأ، حتى عاد، وقطع المفصل الثانى، فإنه يقطع إصبع القاطع من المفصل الأعلى^(٢)؛ لأن بدون تخلل البرء يجعل كأنه قطع المفصلين بدفعة واحدة، وهذه المسألة حجة لأبى يوسف ومحمد رحمهما الله على أبى حنيفة رحمه الله فيمن قطع يد إنسان، ثم قتله قبل البرء، فإن على قول أبى حنيفة رحمه الله: للولى أن يقطع يده، ثم قتله إن شاء، وعندهما: يقتله ولا يقطع يده.

(١) وكان فى الأصل: "ثم مكان: "واو".

(٢) هكذا فى ظ و ف وم، وكان فى الأصل: "الأسفل مكان: "الأعلى".

ومن مشايخنا من قال : ما ذكر هنا قولهما ، أما على أبى حنيفة رحمه الله : للمقطوع مفصلاه أن يقطع المفصل الأعلى ، ثم الأسفل .

ومنهم من قال : لا ، بل هذا قول الكل ، والعذر لأبى حنيفة أن هناك لو ميّزنا القطع عن القتل يبقى كل واحد جناية موجبة للقصاص ، فميّزنا تغليظاً وتشديداً صيانة للأطراف والنفوس ، أما ههنا لو ميّزنا لا يبقى القطع الثانى جناية موجبة للقصاص ، فجمعنا تغليظاً وتشديداً صيانة للمفاصل كلها .

١٩١٦٠- ولو قطع المفصل الأعلى وبرئ ، واقتص من القاطع ، ثم عاد ، وقطع المفصل الثانى ، وبرئ ، يجب القصاص لوجود المساواة إذ إصبع كل واحد منهما وقت قطع المفصل الثانى ناقص بمفصل .

فرق بين هذا وبين رجلين مقطوعى الأصابع ، قطع أحدهما كف صاحبه لا يقطع كف القاطع ، وكذلك إذا كانا مقطوعى الكف قطع أحدهما زند صاحبه لا يقطع زند القاطع .

والفرق وهو أنه شرط جريان القصاص المساواة المطلقة ، وهى المساواة صورة ومعنى ، وإنما تعرف المساواة بين الأطراف والأجزاء معنى بالمساواة فى بدلها ، وقد وجدت المساواة فى بدل المفاصل ؛ لأن بدل المفاصل الأرش ، والأرش مقدّر شرعاً ، فتحقق المساواة صورة ومعنى ، أما بدل الكف والزند حكومة عدل ، وإنه يعرف بالمظنة والاجتهاد ، وما للاجتهاد فيه مجال لا يخلو عن نوع تفاوت ، فلم تتحقق المساواة معنى ، ولهذا لا يجب القصاص .

١٩١٦١- ولو قطع من إصبع رجل نصف مفصل وكسر كسرا وبرئ ، ثم قطع ما بقى من المفصل وبرئ لا قصاص عليه فى شىء من ذلك ، أما فى النصف الأول فلحلول الجناية فى العظم ، وقد ذكرنا أن القصاص لا يستوفى فى العظم ، وأما فى النصف الثانى فلعدم المساواة ؛ لأن إصبع القاطع حال ما قطع الثانى من المفصل صحيحة وإصبع المقطوع نصف المفصل ناقصة بنصف المفصل ، ولو لم يتخلل بينهما برئ يجب القصاص فى المفصل ، وجعل كأنه قطع المفصل بدفعة واحدة ، وكذلك لو قطع الأصابع من رجل ، وعاد وقطع الكف إن لم يتخلل بينهما برء ، يجب القصاص فى اليد ، كأنه قطع

الكل بدفعة واحدة، وإن تخلل بينهما برء، يجب القصاص فى الأصابع كلها، وحكومة عدل فى الكف، واعتبر كل فعل جناية على حدة.

وكذلك إذا قطع حشفة إنسان خطأ، ثم عاد، وقطع باقى الذكر، إن كان قبل تخلل البرء تجب دية واحدة، وجعل كأنه قطع الذكر بدفعة واحدة، وإن تخلل بينهما برء يجب كمال الدية فى الحشفة، وحكومة العدل فى الباقي، واعتبر كل فعل جناية على حدة.

ولو قطع المفصل الأعلى من إصبع رجل، فقبل البرء قطع النصف من المفصل الثانى، ثم برئ لا قصاص، وجعل كأنه من الابتداء قطع النصف من المفصل الثانى، وهناك لا يجب القصاص، بل يجب الأرش، فهنا كذلك، ولو برئ من القطع الأول، ثم قطع النصف من المفصل الثانى، يجب القصاص فى المفصل الأعلى لوجود الشرط، ويجب نصف الأرش فى الثانى، واعتبر كل قطع جناية على حدة لتخلل البرء.

١٩١٦٢- هذا كله بيان حكم العمد جئنا إلى بيان حكم الخطأ، فنقول: فى اليدين إذا قطعنا خطأ كمال الدية للحديث، ولفوات جنس منفعة على الكمال، وفى إحدهما نصف الدية، ولا يفضل اليمين على الشمال، وإن كان اليمين أكثر بطشاً؛ لأن العبرة فى الجنائيات لجنس المنفعة لا للزيادة.

١٩١٦٣- وإذا ضرب على يد رجل فشلت، فعليه الدية كاملة؛ لأنه فوت جنس منفعة هذا العضو، وتفويت منفعة العضو بمنزلة تفويت العضو، وفى كل إصبع من أصابع اليدين عشر من الإبل عشر الدية، وفى كل مفصل من مفاصل الإصبع ثلث أرش الإصبع إذا كان إصبعاً له ثلث مفاصل كالوسطى والخنصر والبنصر والسبابة؛ لأنه لو قطع جميع الإصبع يجب عشر الدية، ويكون ذلك بإزاء ثلاث مفاصل الأصابع، فيكون بإزاء كل مفصل ثلاثة، وإذا كان إصبعاً له مفصلان، وذلك كالإبهام، وفى كل مفصل يجب نصف دية الإصبع^(١)، وفى اليد الشلاء حكومة عدل، وفى الكف حكومة عدل.

١٩١٦٤- وإذا قطع الكف مع بعض الأصابع، أو مع كل الأصابع أجمعوا على أنه لو قطعه والأصابع كلها قائمة فى الكف أن الكف يجعل تابعاً للأصابع، حتى يجب

(١) هكذا فى ظ، وكان فى غيرها: "دية الكل".

أرشف الأصابع، ولا يجب فى الكف شىء؛ لأن هاتين الجنائيتين وقعتا على عضو واحد، وأرشف إحداهما وهو إتلاف الأصابع أكثر، والأصل فى مثل هذا أن يدخل الأقل فى الأكثر، ويجعل الأقل تابعاً للأكثر.

وأجمعوا أيضاً: أنه لو كان فى الكف ثلاثة أصابع، أنه يجب أرشف الأصابع ثلاثة آلاف درهم أو ثلاثة مائة دينار، ولا يجب فى الكف شىء، ويجعل الكف تابعاً لما بقى من الأصابع.

وأما إذا كان على الكف إصبعان أو إصبع واحد، أو مفصل واحد من إصبع واحد، فكذلك الجواب عند أبى حنيفة رحمه الله يجعل الكف تبعاً لما بقى من الإصبع، ولما بقى من مفصل الإصبع.

وقال محمد رحمه الله: ينظر إلى أرشف ما بقى من الإصبع أو مفصل الإصبع وإلى موجب الكف، ويدخل الأقل فى الأكثر، وهو قول أبى يوسف رحمه الله آخر، والصحيح قول أبى حنيفة رحمه الله؛ لأن حال قيام الأصابع إنما جعل الكف تبعاً؛ لأن هاتين جنائيتين وردتا على عضو واحد، ولا بد أن يجعل أحدهما تبعاً للآخرى كما فى الموضحة، فإن من شج إنساناً موضحة، وتناثر بعض شعر الرأس بذلك يجب فى الموضحة خمس مائة درهم، ولا يجب بإزاء ما تناثر من شعر الرأس شىء، به ورد الأثر عن النبى ﷺ، فجعلنا الكف تبعاً للأصابع؛ لأن أرشف الأصابع مقدر شرعاً، وليس فى الكف أرشف مقدر شرعاً، وإنما فيه حكومة العدل، وحكومة العدل إنما يعرف بالاجتهاد، وجعل المجتهد فيه تبعاً للمنصوص عليه أولى من جعل المنصوص تبعاً للمجتهد فيه، فجعلنا الكف تبعاً للأصابع لهذا، وهذا المعنى باقى ما بقى شىء من الأصابع، فجعلنا الكف تبعاً لما بقى لهذا، وليس فى الظفر إذا قلع، ونبت حكومة عدل ولا أرشف، وإذا لم ينبت، أو نبت متغيراً، أو معوجاً، ففيه حكومة عدل، وفى الساعد إذا كسر حكومة عدل، وكذا فى الزند إذا كسر حكومة عدل، وفى اليد إذا قطع من نصف الساعد دية اليد، وحكومة عدل فيما وراء الكف، وهو قول إبراهيم النخعى والشافعى رحمهما الله.

وروى أصحاب الأمالى عن أبى يوسف رحمه الله: أنه لا يجب فى الساعد

شئىء ، وهو قول زفر ومالك وسفيان الثورى رحمهم الله ، وكذلك على هذا الاختلاف إذا قطع اليد من المرفق أو من المنكب ، فإنه يجب فى الكف دية اليد ، وحكومة العدل فيما وراء الكف ، وعن أبى يوسف رحمه الله : ومن تابعه فى المسألة الأولى أنه يجب دية اليد لا غير ، والصحيح قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله ؛ لأن الساعد أصل بنفسه ، وليس يتبع للأصابع ولا للكف ، وليس له فى الشرع أرش مقدر ، فيجب فيه حكومة عدل صيانة له قياساً على ما إذا قطع الساعد بعد قطع الكف .

وإنما قلنا : ليس يتبع للأصابع ؛ لأن الساعد غير متصل بالأصابع ، بل الكف حائل ، وإنما قلنا : إنه ليس يتابع للكف مع كونه متصلاً بالكف ؛ لأن الكف تابع للأصابع فى حكم الأرش حتى لو قطع الكف ، وفيها الأصابع لا يجب فى الكف شئىء ، والتبع لا يستتبع غيره ، فإذا تعذر جعله تبعاً وجب اعتباره أصلاً إذ لا وجه إلى إهداره ، ولم يرد الشرع فيه بشئىء مقدر ، فيجب فيه حكومة عدل .

نوع آخر:

١٩١٦٥- وفى الضلع إذا كسر حكومة عدل ، وفى المرفق حكومة عدل ، وفى ثدى المرأة دية كاملة ؛ لأنه فوت جمالاً على الكمال وجنس منفعة على الكمال ، وهى منفعة الارتضاع ، ولا ذكر فى الكتب الظاهرة لثدى المرأة أنه هل يوجب القصاص حالة العمد؟ وفى إحدى ثدى المرأة نصف الدية ، وفى حلمتى ثدى المرأة الدية كاملة ؛ لأنه فوتّ جنس منفعة ؛ لأن اللين لا يستمسك فى الثدى بعد فوت الحلمة ، وفى إحدهما نصف الدية ؛ لأن قطع الحلمة بمنزلة قطع الثدى ، وفى إحدى ثدى المرأة نصف الدية ، فكذا فى إحدى حلمتيها ، والكبيرة والصغيرة فى ذلك على السواء .

وفى ثدى الرجل حكومة عدل ، وفى إحدهما نصف ذلك بخلاف ثدى المرأة ، وفى حلمة ثدى الرجل حكومة عدل دون ذلك .

١٩١٦٦- وفى الصلب الدية كاملة ، إن منعه من الجماع ، أو أحده ، به ورد الأثر ؛ لأنه فوتّ جنس منفعة على الكمال إن منعه عن الجماع ، أو جمالاً على الكمال إن أحده به ، ولم يمنعه من الجماع ، وهو جمال الاعتدال والاستواء .

فأما إذا لم يحده ولم يمنعه من الجماع، فهذا على وجهين: إما إن بقي للجراحة أثر أو لم يبق، فإن بقي لها أثر، ففيه حكومة عدل، ولم يجب كمال الدية؛ لأن كمال الدية إنما يجب بتفويت جنس منفعة على الكمال، أو تفويت جمال على الكمال، ولم يفت واحد منهما على الكمال، إنما أوجب نقصاناً في الجمال، فإن أثر الجراحة مما يشينه، ولم يرد الشرع في تقدير ذلك، فكان التقدير مفوضاً إلى رأى القاضى كما فى مقدار التعزير، فلهذا قال: فيه حكومة عدل.

هذا إذا بقي للجراحة أثر، أما إذا لم يبق هل يجب فيها شيء؟ قد مرّ هذا فيما تقدم.

١٩١٦٧- وفى الذكر كمال الدية؛ لأنه فوتّ جنس منفعة على الكمال وهو منفعة الوطء، وفى ذكر الخصى حكومة عدل عندنا، سواء كان يتحرك أو لا يتحرك، يقدر الخصى على الوطء، أو لا يقدر.

وقال الشافعى رحمه الله: فيه كمال الدية إذا كان يتحرك، سواء كان يقدر على الوطء أو لا يقدر، وعلى هذا الخلاف ذكر العنين، وأما ذكر الشيخ الكبير إن كان يتحرك ولا يقدر على الوطء، فالجواب فيه كالجواب فى ذكر الخصى وذكر العنين.

وفى الأنثيين كمال الدية؛ لأنه فوتّ جنس منفعة، وهى منفعة الإنزال^(١)، فإن كان قائماً بالأنثيين من حيث السحق إن كان مقطوع الآلة، وإن لم يكن مقطوع الآلة بالوطء، وقد فات كله بقطع الأنثيين.

وإذا قطع الحشفة يجب كمال الدية؛ لأن المنفعة الأصلية وهى الإيلاد تفوت بذهاب الحشفة، فإن جاء، وقطع باقى الذكر، فإن كان قبل تخلل البرء تجب دية واحدة، ويجعل كأنه قطع الذكر بدفعة واحدة، وإن تخلل بينهما برء، يجب كمال الدية فى الحشفة، وحكومة العدل فى الباقي، وقد مرّ هذا.

١٩١٦٨- وإذا قطع الذكر والأنثيين من الرجل الصحيح خطأ إن بدأ بقطع الذكر، ففيه روايتان؛ لأن لكل واحد منهما منفعة كاملة، فإن منفعة الذكر الإيلاج، ومنفعة الأنثيين الإنزال، وذلك يوجد مع فقد الذكر، فلم تنتقص الدية، ولو بدأ بالأنثيين، ثم

(١) وفى نسخة أخرى: "الإيلاد" مكان: "الإنزال".

بالذكر، ففي الأنثيين الدية كاملة، وفي الذكر حكومة عدل؛ لأنه حين بدأ بقطع الأنثيين، فممنفعتهما كاملة، فيجب كمال الدية، فإذا قطع الذكر بعده تجب حكومة عدل كما في ذكر الخصى، فإن قطعتهما من جانب الفخذ معاً، فعليه ديتان؛ لأنه حين قطع، فلكل واحد منهما منفعة كاملة، فيجب ديتان، وفي الأليتين إذا قطعنا خطأ كمال الدية؛ لأنه يفوت بقطعهما جنس منفعة على الكمال، وهي منفعة الجلوس، وفي إحداهما نصف الدية.

وفي "المنتقى" عن محمد رحمه الله: إذا قطع إحدى أنثيه، فانقطع ماءه، ففيه دية ونصف، قال: ولا يعلم ذهاب الماء إلا بإقرار الجاني، فإن قطع الباقي من إحدى الأنثيين يجب نصف الدية، ولا ذكر في الكتب الظاهرة للأنثيين أنه هل يجب فيها القصاص حالة العمد؟ وإذا قطع الحشفة كلها عمداً، ففيها القصاص، وإن قطع بعضها، فلا قصاص؛ لأن في الفصل الأول استيفاء القصاص ممكن؛ لأن له حداً يمكن إيقاع القطع فيه على ذلك الحد، ولا كذلك الفصل الثاني، ولو قطع بعض الذكر، فلا قصاص فيه، ولو قطع كله ذكر في "الأصل": أنه لا قصاص؛ لأنه يتقبض وينبسط، ولا يمكن استيفاء القصاص فيه، وصار كاللسان.

وعن أبي يوسف رحمه الله: أنه يجب القصاص.

١٩١٦٩- وفي الرجلين كمال الدية في الخطأ، وفي إحداهما نصف الدية، وفي كل إصبع من أصابع الرجل عشر الدية، وفي الرجل في العمد القصاص إذا قطع من مفصل القدم أو من مفصل الركبة، أو من مفصل الورك؛ لأن استيفاء القصاص في هذه الصورة ممكن، بخلاف ما إذا قطع من غير مفصل، وكذلك الحكم في أصابع الرجل إن قطعت من المفصل عمداً يجب القصاص، وإن قطعت من غير المفصل لا يجب.

١٩١٧٠- وإذا قطع الرجل خطأ من نصف الساق تجب الدية لأجل القدم، وحكومة العدل فيما ووراء القدم، والكلام فيه نظير الكلام في اليد، إذا قطعت من نصف الساعد، وإن كسر فخذ، فبرئت واستقامت، فلا شيء عليه في قول أبي حنيفة رحمه الله، وعليه في قول أبي يوسف رحمه الله: حكومة عدل، وذكر أبو سلمان عن محمد رحمه الله في كتاب الحجر قال أبو حنيفة رحمه الله: من كسر عظماً من إنسان يداً

أو رجلا، أو غير ذلك وبرىء، وعاد كهيئته، فليس فيه عقل، فإن كان فيه نقص أو عثم^(١)، ففيه من عقله بحساب ما نقص، وكذلك فى الجراحة فى الجسد إذا برئ وعاد كهيئته، فليس فيه شىء، ولو كان فى شىء من ذلك شلل، ففيه حكومة عدل إلا الجائفة، فإن فيها ثلث دية النفس.

١٩١٧١- وإذا طعن برمح أو غيره فى دبر، فصار بحال لا يستمسك الطعام فى جوفه، بل يلقيه، ففيه الدية، وإذا ضرب، فسلس بوله، وصار بحال لا يستمسك، فيه الدية.

نوع آخر

فى قطع فرج المرأة وغيره:

١٩١٧٢- وإذا قطع فرج المرأة، وصارت بحال لا يمكن جماعها، ففيها الدية، وفى "فتاوى سمرقند": بأن إذا جامع امرأة لا تجامع مثلها، فماتت من ذلك، فعلى عاقلته ديتها.

١٩١٧٣- وفى جنايات "المتقى": إذا جامع امرأته، فأفضاها حتى لا تستمسك البول، أو تستمسك، فلا شىء عليه، وهذا قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله؛ لأن له أن يطأها.

وقال أبو يوسف رحمه الله: إن كانت لا تستمسك البول، فعليه الدية فى ماله، وإن كانت تستمسك، فعليه ثلث الدية، ولو دق فخذها أو يدها من الوطاء، فأرش ذلك من ماله؛ لأنه قد يقع على جسدها فى الجماع، ويتعمد ذلك، فهذا منه تعمد.

١٩١٧٤- وعن ابن رستم عن محمد رحمه الله: رجل جامع امرأته ومثلها يجامع، فماتت من ذلك، فلا شىء عليه؛ لأنه كان له أن يجامعها.

١٩١٧٥- وقال أبو يوسف رحمه الله: إذا جامع امرأة، فذهب منها عين، أو أفضاها، أو ماتت، فهو ضامن.

(١) عثم العظم عثمًا: المنجر من غير استواء.

وقال محمد رحمه الله : يضمن في هذا كله إلا الإفضاء والقتل من الجماع ، قال : وهو قول أبي حنيفة رحمه الله في ما حكاه هشام عن محمد رحمه الله ، قال أيضاً : وهو قول أبي يوسف .

وعن الفقيه أبي نصر الدبوسى : إذا دفع أجنبية ، فسقطت ، وذهبت عذرتها ، فعلى الدافع مهر مثلها والتعدير .

وعن الشيخ الإمام الزاهد أبى حفص الكبير رحمه الله : عمن دفع امرأة ، فذهبت عذرتها إن عليه الصداق فى ماله ، ولو دفع امرأته ، ولم يدخل بها بعد ، فذهبت عذرتها ، ثم طلقها ، فعليه نصف المهر ؛ لأنه لو وجب عليه كل المهر ، لكان عليه لو دخل بها مهران ، ولا وجه إليه .

ولو دفع امرأة غيره ، فذهبت عذرتها ، ثم تزوجها ، ودخل بها وجب لها مهران - والله أعلم - .

نوع آخر

فى الجنابة على أطراف الصبيّان والنسوان :

١٩١٧٦ - قال أصحابنا رحمهم الله : لا يجرى القصاص بين الرجال والنساء فى الأطراف ، ويجرى بينهما فى الأنفس ، وقالوا أيضاً : ما كان له بدل مقدر من الأطراف فى الرجل ، ففى المرأة نصف ذلك ؛ لأن التنصيف فى بدل النفس لتنصيف حالها بالأنوثة فى حق الأحكام ، وهذا المعنى موجود فيما دون النفس ، وقد صحّ أن عليّاً رضى الله عنه سئل عن إصبع المرأة كم فيه ؟ قال : خمس من الإبل ، ولم يذكر محمد رحمه الله فى "الأصل" : ما لم يكن له بدل مقدر .

وذكر شيخ الإسلام فى شرحه : أن فيه اختلاف المشايخ ، منهم من قال : يستوى فيه الرجل والمرأة ، ومنهم من قال : فى المرأة نصف ما فى الرجل ، وذكر الشيخ الإمام الزاهد أحمد الطواويسى فى شرحه : أن ما ليس له بدل مقدر يستوى فيه الرجل والمرأة عند أصحابنا ، قال فى الأصل : والصبي كالبالغ فى دية النفس وأطرافه ، إذا كان له

منفعة مقصودة تفوت بقطعها كاللسان واليد والرجل ، وأشباه ذلك ، ويجب الأرش كملا بتفويتها إذا علم صحتها في بعضها بالحركة ، وفي اللسان بالكلام ، وفي العين بما يستدل به على النظر ، ولا يكتفى بالأصل ، فيقال : الأصل هو الصحة ؛ لأن هذا يحتمل التبدل ، والمحتمل لا يصلح للإلزام ، وما كان في تفويته تفويت الجمال دون المنفعة كالأذن الشاحصة والشعر ، ففيها الدية كاملة من غير فصل ؛ لأن الجمال والزينة لا يتفاوت .

١٩١٧٧- فقال في "الأصل" : وإذا قطع ذكر مولود ، فإن كان قد بدا صلاحه بأن تحرك ، ففي العمد القصاص إذا قطعه من الحشفة ، وفي الخطأ الدية كملا ، وإن قطع بعض الحشفة أو بعض الذكر فلا قصاص ، وإن قطع الذكر من الأصل ، فكذلك على رواية "الأصل" ، وقد ذكرنا هذا في ذكر البالغ ، وأراد بالتحرك التحرك للبول .

وفي "فتاوى الفضلى" : وفي لسان الصبى الدية إذا كان استهل ، فأما إذا لم يستهل ، ولم يتحرك ، ففيه حكومة عدل .

١٩١٧٨- وفي الهارونى : إذا قطع لسان صبى وكان يصحّ ، فادّعى القاطع أنه أخرس ، وصياحه صياح أخرس لم يقبل قوله ، وعليه الدية فى الخطأ ، والقصاص فى العمد ، وإن لم يسمع له صياح ، فعلى القاطع حكومة عدل .

وذكر الكرخى رحمه الله : أن فى لسان الطفل حكومة عدل .

وذكر الشيخ الإمام الزاهد الطواويسى : أن عامة أصحابنا يقولون : إن فيه كمال الدية ؛ لأنه أزال عضوا ينتفع به حالة الانتفاع ، فإنه إذا صار بحال ينتفع بسائر أعضائه ينتفع بلسانه أيضاً هو الظاهر .

ووقع فى بعض نسخ رواية "الجامع" نصّاً عن محمد رحمه الله : أن فى لسان الصبى إن استهل حكومة عدل ، وإن تكلم ، ففيه الدية كملا ، وفى الهارونى أيضاً : عن محمد رحمه الله : فى امرأة خرج رأس ولدها ، فجاء رجل ، وفقاً عينه ، جعلت عليه الدية ، ولا أجعل عليه القصاص ما لم يخرج مع الرأس نصفه أو أكثر .

١٩١٧٩- وفى الهارونى : وفقاً عين صبى ساعة ولد أو بعد ذلك بأيام ، وزعم الفاقئ أنه لم يبصر بهذه العين ، أو قال : لا أدري أبصر بها أم لا ؟ كان عليه حكومة

عدل ، والقول قوله إلا إذا شهد الشهود أنها كانت صحيحة لا يرون بها علة ، وإنه كان ينظر بها ، فحينئذ تجب الدية .

وفى "المنتقى" قال محمد رحمه الله : فى الجنين إذا خرج رأسه من بطن أمه ، فقطع إنسان أذنيه ، أو فقأ عينه ، وقد علم أنه يبصر ، ثم ولدته حياً ، فعليه الدية كملاً ، وإن ألقته ميتاً كان عليه ما نقصته ، أو قال : حكومة عدل من قيمة الجنين .

١٩١٨٠ - وقال أبو حنيفة رحمه الله : فى سن الصبى الذى لا يشعر^(١) أنه لا شىء فيها ، وقال أبو يوسف رحمه الله : فيها حكومة عدل .

هكذا ذكر فى "المنتقى" ، وذكر فى موضع آخر من "المنتقى" فى سن الصبى الذى لم يشعر^(٢) إذا لم يثبت دية كاملة - والله أعلم - .

وفى "نوادير ابن سماعة" : قال : سألت محمداً رحمه الله عن من قلع سن صبى ، أو حلق رأس امرأة ، فصالح الجانى أب الصبى أو المرأة على دراهم ، ثم نبت الشعر أو السن ، فأخبرنى أن أبا حنيفة قال : يرد الدراهم ، وكذلك قول محمد إلا أن محمداً قال : يمسك منها مقدار ما داوى به السن - والله أعلم - .

نوع آخر

فى تقدير الأشياء التى يجب بإتلافها الدية فيما دون النفس :

١٩١٨١ - ذكر الفقيه أبو الليث فى "عيونه" ، والشيخ أبو العباس النافطى فى "أجناسه" و"واقعاته" : عشرة فى الإنسان^(٣) فى كل واحد الدية كاملة العقل ، وشعر الرأس يحلق ، أو ينتف ، ولا يثبت ، والأنف واللسان واللحية يحلق ، أو تنتف ، فلا يثبت ، والصلب إذا كسر وإذا انقطع الماء ، وإذا سلس بوله ، وفى الدبر إذا طعنه ، فلا يمسك الطعام ، والذكر ، وعشرة أخرى يجب فى كل اثنين منه الدية الحاجبان ،

(١) هكذا فى الأصل وظ وم ، وكان فى ف : "لا يشعر" .

(٢) هكذا فى ف وم ، وكان فى ظ : "لم يشعر دية كاملة" .

(٣) هكذا فى ظ وف وم ، وكان فى الأصل : "الأسنان" .

والعينان، والأذنان الشاخصتان، وسمعهما، والشفتان، واللحيان، والرجلان، واليدان، والأنثيان، والأليتان.

قال الناطفي: إنما تجب الدية الكاملة في الأليتين إذا استأصلهما الجاني بحيث لم يبقَ على عظم الورك شيء من لحمها، فإن قطع أقل من ذلك، فحكومة عدل يحكم عليه فيما قطع بقدر^(١) ذلك، وفي إحدى الأليتين نصف الدية، وكذلك في كل واحد من الأزواج التي ذكرنا نصف الدية، والمنفعة إذا كانت مقصودة على عضو واحد، كان في تفويته تفويت المنفعة المقصودة منه، فكان فيه الدية، وإذا كانت المنفعة في عضوين فتفويتهما بتفويتهما، فيتعلق وجوب الدية بتفويتهما، وكذلك لو قطع فرج المرأة، فقطع الجانين حتى وصل إلى العظم، ففيهما الدية، وفي إحداهما نصفهما - والله أعلم -.

نوع آخر

في الجناية تقع على عضو وتتعدى إلى عضو آخر:

١٩١٨٢- وفي "نوادير ابن سماعة" عن محمد رحمه الله: أن من قطع إصبع إنسان فسقط إصبع آخر بجنبه، فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله: لا يجب القصاص في شيء من ذلك، ولكن تجب دية الإصبعين.

وعن أبي يوسف رحمه الله: أنه يجب القصاص في الإصبع الأولي، والدية في الإصبع الثانية.

وعند محمد رحمه الله: يجب القصاص في الإصبعين، فوجه قول محمد رحمه الله: إن سرية الفعل مضافة إلى الفعل، فيجعل الفاعل كالمباشر للسرية، وأبو حنيفة وأبو يوسف قالا: إنه بمنزلة المسبب؛ لأن حد السبب أن يفعل في محل فعلا لم يوضع هو لظهور الأثر في محل آخر كحفر البئر عدسبباً؛ لأنه فعل في الأرض، وإنه لم يوضع لظهور الأثر في الأدمى بخلاف السرية إلى البدن؛ لأن النفس لا يمكن تناولها بالجناية عليها إلا من قبل جرح البدن، فصار ذلك موضوعاً لظهور الأثر في النفس، فكان مباشراً.

(١) هكذا في ظ، وكان في غيرها: "بعد ذلك".

وفى جنائيات "الجامع الصغير": وإذا قطع رجل إصبع إنسان عمداً، فشلت أخرى إلى جنبها، فعليه أرش الإصبعين دون القصاص فى قول أبى حنيفة رحمه الله، وعندهما: عليه القصاص فى المقطوعة، وأرش الأخرى، فى مختلفات الفقيه أبى الليث، وإذا قطع الرجل إصبع إنسان عمداً فانسل السكين إلى إصبع آخر يجب القصاص فى الإصبع الأول، والدية فى الثانى بلا خلاف.

١٩١٨٣- وفى "المنتقى" عن محمد رحمه الله: إذا قطع مفصلاً من السبابة، فسقط الوسطى من الضربة يعنى الإصبع الوسطى قطعت الوسطى، والمفصل من السبابة، ولو شلت ما بقى من السبابة، وسقطت الوسطى، فإنى لا أقطع الوسطى، ولا أقتص من السبابة.

١٩١٨٤- ولو كسر بعض السن، وسقط الباقي، ففيها القصاص بمنزلة ما لو قطع إصبع إنسان، فسقط منه اليد، فإنه يجب القصاص فى اليد، كذا هنا.

١٩١٨٥- وروى ابن مالك عن أبى يوسف عن أبى حنيفة رحمهم الله: إذا قطع إصبع رجل من مفصل أو غير مفصل، فسقط الكف قال: إن كان الكف سقط من المفصل، ففيها القصاص، وإن سقط من غير مفصل فلا قصاص، لا فى الكف، ولا فى الإصبع، وهو قول أبى يوسف رحمه الله.

قال: وقد روى أبو يوسف رحمه الله أيضاً: عن أبى حنيفة فى غير هذه الصورة أنه إن كان قطع الإصبع من مفصل، وسقط الكف من مفصل اقتصت، فإن كان قطع الإصبع من غير مفصل، وسقط الكف من مفصل أو كان قطع الإصبع من مفصل، وسقط الكف من غير مفصل، فلا قصاص.

وفى "العيون": عن أبى يوسف رحمه الله فى عين هذه الصورة: إنى إنما أنظر إلى السقوط، لا إلى أصل الجراحة، فإن كان السقوط من المفصل يقتص منه وإلا فلا، ولو قطع إصبع رجل عمداً، فشلت الكف، فلا قصاص فى الإصبع، وفى اليد دية فى قول أصحابنا، وكذلك لو قطع مفصلاً من إصبع رجل، فشلت، ففيما شل من ذلك دية، ولا قصاص فى قولهم جميعاً، بخلاف ما إذا قطع إصبع رجل، فشلت أخرى بجنبها، حيث يجب القصاص فى المقطوعة عندهما.

فالحاصل أن أصحابنا اتفقوا في العضو الواحد، إذا قطع بعضه، فشلت بقيته، أو شلت ما هو تبع للمقطوع لو قطع معه، أنه لا قصاص، واختلفوا في العضوين ليس أحدهما تبعاً للآخر، والثاني لا قصاص فيه، فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله : لا قصاص فيه أصلاً على نحو ما بينا.

١٩١٨٦- قال محمد رحمه الله في "المنتقى" : رجل شجّ رجلاً موضحة بحديدة أو بعضاً وذهبت عيناه من ذلك والعين قائمة إلا أنه قد ذهب العضو قال : اقتصر من ذلك كله، وذكر هذه المسألة في "الجامع الصغير"، وقال : على قول أبي حنيفة رحمه الله : لا قصاص في الموضحة وفيها وفي البصر الأرش.

قال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله : في الموضحة القصاص، وفي البصر الدية، ولو ذهبت عيناه ولسانه وجماعه، فعليه القصاص في الموضحة والعين، وأما الجماع واللسان وما لا يقدر على القصاص فيه، فعليه فيه الدية.

١٩١٨٧- وفي "نوادير ابن سماعه" عن محمد رحمه الله : رجل جبّ رجلاً فسقطت لحيته، فإن كان قطعه من فوق فعليه ثلاث ديات، وإن كان قطعه من أسفل، فعليه ديتان، دية لأجل الأثنين ودية لأجل اللحية، والحكومة لأجل الذكر.

١٩١٨٨- وفيه أيضاً عن محمد رحمه الله : رجل جنى على رجل، فذهب شمه، فصار لا يجد الريح قال : فيه حكومة عدل، قال : ألا ترى أنه لو جنى عليه، فصار لا يتنفس من أنفه، ويتنفس من فيه أن فيه حكومة عدل.

١٩١٨٩- وفيه أيضاً عن أبي يوسف رحمه الله : رجل رمى رجلاً رمية، فقأ عينه، وبلغت الرمية الدماغ، فعليه نصف الدية للعين، وحكومة لما نفذ من العين إلى الدماغ؛ لأن الرمية وقعت على شيء له أرش مقدر، فيكون فيما جاوزه حكومة.

وفي "العيون" : إذا رماه في عينه، فأنفذها في قفاه، فعليه في العين نصف الدية، وعليه أيضاً : حكومة عدل، فإن أصاب الدماغ، ونفذ، فعليه في العين نصف الدية، ومنها إلى أن يصل إلى الدماغ حكومة العدل، وإذا نفذ في الدماغ، فله ثلث الدية.

وفي "نوادير ابن سماعه" أيضاً : عن أبي يوسف رحمه الله : إذا رمى رجلاً رمية، فدخلت في منخره، وبلغت الدماغ، كان عليه أرش رمية واحدة؛ لأن الرمية وقعت

على شىء ليس له أرش مقدر، فيكون فيما جاوزه حكومة عدل .

١٩١٩- وفى "العيون": إذا طعن فى أذن رجل، فخرج من الأخرى، قال محمد رحمه الله: فيه حكومة عدل فى طعنه، ولو طعن فى فيه، فخرج من دماغه، حتى نفذت من الفم إلى الدماغ، حكومة عدل، ومن الدماغ إذا نفذت ثلث الدية.

نوع آخر

فى مسائل التداخل:

١٩١٩- الجفون تبع للأسفار إذا قطعت مع الأسفار، حتى لا يفرد الجفون بالأرشف، وكذلك الأنف تبع للمارن، حتى لا يفرد الأنف بالموجب، إذا قطع مع^(١) المارن.

وكذلك الذكر يعتبر تبعاً للحشفة إذا قطع من الأصل، وكذلك الكف يعتبر تبعاً للأصابع إذا قطع الكف مع الأصابع، وكذا ثدى المرأة يعتبر تبعاً للحلمة.

وإذا قطع اليد من المنكب أو من المرفق، يجب نصف الدية لا غير، ويجعل ما وراء اليد تبعاً لليد، وقال محمد رحمه الله: فى الكف نصف الدية، وفيما زاد على ذلك حكومة عدل.

١٩١٩- قال محمد رحمه الله فى "الأصل": رجل شجّ رجلاً موضحة خطأ، فسقط منها شعر رأسه كله، فلم ينبت، فعلى عاقلة الدية كاملة، ويدخل أرشف الشجة فى ذلك عندهم جميعاً، وهذا لما ذكرنا قبل هذا أن الأصل أن الجناية إذا وقعت على عضو واحد، وأتلف شيئين لكل واحد منهما أرشف مقدر، وأرشف أحدهما أكثر من أرشف الآخر يدخل أرشف الأقل فى الأكثر، وهنا الجناية وقعت على عضو واحد، فإنها وقعت على الرأس، والشعر متصل بالرأس وتبع له، وأتلف شيئين وأرشف أحدهما أكثر من أرشف الآخر، وإن كان قد ذهب بعض شعر رأسه ينظر إلى أرشف الموضحة وإلى أرشف ما ذهب من شعره، ويدخل الأقل فى الأكثر.

(١) هكذا فى ظوم، وكان فى الأصل وف: "من" مكان: "مع".

هذا إذا كان مخطئاً في الشجة ، وأما إذا كان متعمداً فكذلك الجواب لا يجب القصاص في الشجة ، ولكن يجب دية كاملة في ماله لأجل الشعر ، ويدخل أرش الموضحة فيها ، فالأصل أن الجناية متى وقعت على عضو واحد ، وأتلف شيئين موجب أحدهما القصاص ، وموجب الآخر المال ، يجب المال في الكل كما لو قطع المفصل الأعلى من إصبع رجل ، فشلت الباقي ، يجب المال في الكل عند علماءنا الثلاثة ، هكذا ذكر شيخ الإسلام قال : هذا أمر متفق عليه ، وإنما الخلاف فيما إذا وقعت الجناية على عضوين ، وقد ذكرنا في جنس هذه المسألة خلافاً بين أبي حنيفة وصاحبيه ، على قول أبي حنيفة : يجب المال في الكل ، وعلى قول صاحبيه : يجب القصاص في الموضحة والأرشفة في الآخر ، فهنا يجب أن يكون كذلك .

وإذا شج رجلاً موضحة خطأ ، فذهب عقله وجبت دية كاملة لأجل العقل ، ويدخل أرش الشجة في دية العقل ، ولو شجّه موضحة خطأ فذهب منها سمعه وبصره تجب الدية كاملة لأجل السمع والبصر ، ولا يدخل أرش الموضحة في دية السمع والبصر في ظاهر الرواية عن أصحابنا .

وعن أبي يوسف : أن أرش الشجة يدخل في دية السمع ، ولا يدخل في دية البصر ، قال : لأن السمع في الرأس ؛ لأن محل السمع الأذنان ، والأذنان من الرأس ، هكذا قال رسول الله ﷺ^(١) ، ولم يرد به بيان الحقيقة ، وإنما أراد به بيان الحكم حتى يمسح عليها بالماء الذي مسح به رأسه ، وإذا كان الأذنان من الرأس كانت الجناية واقعة على عضو واحد ، وقد أتلف شيئين وأرشف أحدهما أكثر من الآخر ، فيدخل الأقل في الأكثر بخلاف البصر ؛ لأن محله العين ، والعين ليس من الرأس ، فكانت الجناية واقعة على عضوين ، فلا يدخل أرش أحدهما في الآخر .

وجه ظاهر الرواية أن الأذنين إن كان من الرأس نظراً إلى الحكم الذي قلتم ، فليسا

(١) أخرجه الضياء المقدسي في "الأحاديث المختارة" ٣٦٦/٩ حديث (٣٣٣) والترمذي في "سننه" ٥٣/١ حديث (٣٧) والدارقطني أيضاً في "سننه" ٩٧/١ حديث (١٣، ٤، ١٦، ٣١) وأبو داود في "سننه" ٣٣/١ حديث (١٣٤) وابن ماجه في "سننه" أيضاً ١٥٢/١ حديث (٤٤٣) والربيع في "مسنده" ٥٥/١ حديث (٩٧) و٦٣/١ حديث (١٢٨) والطبراني في "الأوسط" ٤/٢٤١ حديث (٤٠٨٤) وفي "الكبير" ١٢١/٨ حديث (٧٥٥٤) وابن الجعد في "مسنده" ٤٦٠/١ حديث (٣١٦٣) والبيهقي في "الكبرى" ٦٦/١-٦٧ حديث (٣١٧، ٣٢٠) .

من الرأس نظرا إلى^(١) حكم آخر حتى إنه لا يجوز الاقتصار على المسح عليهما، فكان الأذنان من الرأس من وجه دون وجه، فمن حيث إنهما من الرأس إن كان يدخل الأقل في الأكثر فمن حيث إنهما ليسا من الرأس لا يدخل، فلا تدخل بالشك والاحتمال، فرق علماءنا في ظاهر الرواية بينما إذا ذهب عقله بالشجة أو شعره، وبينما إذا ذهب سمعه أو بصره.

حكى عن الفقيه أبى جعفر الهندوانى: أنه قال: كنا نقول في الفرق بين السمع والبصر والعقل، أن العقل بمنزلة الروح في البدن، فمن حيث إنه ليس له موضع في البدن يشار إليه كما أنه ليس للروح في البدن موضع يشار إليه، فصار زوال العقل كزوال الروح، ولو زال الروح بالشجة يدخل أرش الشجة في دية الروح، فكذا إذا زال العقل. وأما السمع والبصر ليسا بمنزلة الروح، فإن لهما في البدن موضعا يشار إليهما، بل هما بمنزلة اليد والرجل، وأرش الشجة لا يدخل في أرش اليد والرجل، قال: حتى رأيت في بعض المسائل مسألة ينقض هذا الفرق.

وصورتها: رجل قطع يد إنسان وذهب من ذلك عقله، فعليه الدية، وأرش اليد جميعاً، ولو كان زوال العقل كزوال الروح لم يجب أرش اليد كما لو مات، ويشكل هذا الفرق أيضاً بمثل الشعر، فإن الشعر ليس بمنزلة الروح من حيث إن الشعر في موضع معين يمكن الإشارة إليها، فيكون بمنزلة اليد والرجل، فينبغي أن لا يدخل أرش الشجة في أرش الشعر كما في السمع والبصر مع هذا يدخل، ولا يدخل أرش الشجة في دية الكلام حتى إن من شجّ غيره وذهب بها كلامه يجب أرش الشجة ودية الكلام إلا رواية عن أبى يوسف رحمه الله، وسواء كانت هذه الأشياء ذهبت كلها بالشجة أو بعضها، إن كان في الجملة ما ذهب بالشجة ما يدخل فيه أرش الشجة يدخل، وإن لم يكن فيها ما يدخل فيه أرش الشجة لا يدخل أرش الشجة فيه، ويجب أرش الشجة مع الدية، ولا يدخل من ديات هذه الأشياء البعض في البعض إلا أن يموت عن الجناية، فسقط ذلك كله يريد به إذا ضرب إنسان حتى ذهب عقله وكلامه وسمعه وبصره لا تدخل بعض هذه الديات في البعض، فإذا مات المجنى عليه من الجناية الآن تسقط هذه الديات كلها وتجب

(١) وفي ظ: "أو مكان: إلى".

دية الدم، ويستوى سائر الشجات فى الحكم الذى ذكرنا سواء كانت الشجة موضحة أو هاشمة أو منقلة أو آمة يريد به أن أرش هذه الشجات تدخل فى أرش الشعر .

فإن كانت آمتين أو ثلاثاً، وذهب مع ذلك عقله، أو تناثر جميع شعره وجب دية واحدة؛ لأن الأوام إذا كانت ثلاثاً يجب فيها دية واحدة، وفى ذهاب الشعر دية واحدة، وكذا فى العقل دية، فإذا تماثل الواجبان دخل ضمان أحدهما فى الآخر .

وإن كانت أربعة وذهب منها عقله لم يدخل أرش الشجاج فى ضمان العقل، وكان فيها دية، ويجب فى كل سنة ثلث ذلك؛ لأن أرش الأوام إذا ازدادت على دية النفس لم يجز أن تدخل فى ضمان العقل إلا قدره، وقال أبو يوسف رحمه الله: إنما أنظر فيها إلى الأوام وإلى دية العقل، أوجب الأكثر، وأدخل الأقل .

الفصل الخامس

فيما يجب على العاقلة من ضمان^(١) الجنايات وما لا يجب

١٩١٩٣- أجمع العلماء أن العمد المحض، إذا أوجب الدية أوجب في مال الجاني في النفس وفيما دون النفس، والخطأ يوجب الدية على العاقلة، ويجب في ثلث سنين، وأما شبه العمد في النفس يوجب الدية على العاقلة، وفيما دون النفس على الجاني، وإن بلغت دية تامة في عصام.

وذكر شيخ الإسلام في شرحه: أن بدل النفس في الخطأ وشبه العمد مما تتحمله العاقلة، به ورد الأثر عن النبي ﷺ وعن أصحابه وعن إجماع الأمة، وفي العمد يجب بدل النفس في مال القاتل في ثلاث سنين، وأما ما دون النفس في الجناية الخطأ هل تتحمله العاقلة؟ قال علماءنا رحمهم الله: إن كان مقدار أرش الموضحة في الرجل والمرأة فصاعداً، وذلك نصف عشر الدية يتحمله العاقلة، وما دون نصف عشر الدية لا تتحمله العاقلة، ويجب في مال الجاني.

١٩١٩٤- وأما بدل^(٢) العمد فلا تتحمله العاقلة، وأما حكومة العدل: إن كان دون أرش الموضحة أو مثل أرش الموضحة لا يتحملها العاقلة، وإن كان أكثر من ذلك ييقين فلا رواية فيه عن أصحابنا، وقد اختلف المتأخرون فيه: قال شيخ الإسلام: الصحيح أن لا تتحملها العاقلة.

١٩١٩٥- وأما الفصل فلا يتحمله العاقلة بلا خلاف، ويكون ما وجب على العاقلة مؤجلاً في ثلاث سنين، به ورد الأثر عن النبي ﷺ، وتقدير مدة الأجل من وقت القضاء لا من وقت القتل، حتى لو مضى سنون من وقت القتل، ثم رفع الأمر إلى القاضي، فالقاضي يقضى بالدية في ثلاث سنين من وقت قضاءه؛ لأن الواجب بالقتل

(١) وفي الأصل: "دية".

(٢) هكذا في ظ وف وم، وكان في الأصل: "وأما بدل العمد هل تتحمله العاقلة؟ ففيه اختلاف المشايخ، وسيأتي ذلك في فصل الجناية على العبيد إن شاء الله تعالى، وأما حكومة عدل".

الخطأ أحد الأشياء الثلاثة أو أحد الأشياء الستة على حسب ما اختلفوا فيه ، وإنما يتعين أحد هذه الأشياء بالقضاء ، فيعتبر المدة من وقت القضاء لهذا .

وهذا الذى ذكرنا فيما إذا ثبت القتل معينة أو بالبينة ، أما إذا ثبت بإقرار القاتل فالدية تكون فى مال القاتل ، ولا يجب على العاقلة ، به ورد الأثر عن النبى ﷺ ، وكل دية وجبت بنفس القتل فى الخطأ أو شبه عمد أو عمد دخل شبهة ، فهى فى ثلاثة سنين على من وجب عليه فى كل سنة الثلث ، وأراد بالعمد الذى دخل فيه شبهة قتل الأب ابنه ، وكذلك من أقر بقتل خطأ كانت الدية فى ماله فى ثلاث سنين ، ولو صالح من الجناية على مال فهو فى مال الجانى حالا إلا أن يشترط الأجل .

قال فى القدورى : وكل جزء من الدية وجب على العاقلة أو فى مال الجانى ، فذلك الجزء فى ثلاث سنين فى كل سنة الثلث ، وذلك ؛ كعشرة قتلوا رجلا خطأ ، فعلى عاقلة كل واحد منهم عشر الدية فى ثلاث سنين ، وكذلك لو تعمدوا ، ولكن كان أحدهم أب المقتول ففي مال كل واحد عشر الدية فى ثلاث سنين ، وسيأتى شىء من هذا فى الفصل الذى يلى هذا الفصل .

وإذا كان القصاص بين الشريكين ، وعفا أحدهما حتى انقلب نصيب الآخر مالا ، يجب مؤجلا ؛ لأن هذا مال وجب بنفس القتل العمد -والله أعلم- .

الفصل السادس

فى معرفة العاقلة، وكيفية تحملهم

١٩١٩٦- يجب أن يعلم بأن عاقلة الرجل أهل ديوانه عندنا إذا كان القاتل من أهل الديوان، فإن كان غازياً، وله ديوان يرتزق منه للقتال، فعاقلته من كان فى ديوانه من الغزاة، وإن كان كاتباً، وله ديوان يرتزق منه، فعاقلته من كان يرتزق من ديوان الكتاب، إن كانوا يتناصرون بها، وإن لم يكن له ديوان، فعاقلته أنصاره، وإن كان نصرته بالمحال والدروب تحمل عليهم، وإن كان من القرية ونصرته بأهل القرية تحمل عليهم، وإن كان لا ينتصر بعضهم ببعض، فعاقلته عشيرته من قبل أبيه، وإن لم يكنهم التحمل، يضم إليهم أقرب القبائل من النسب، ثم وثم إلى أن يكفى^(١).

وقد كانت الدية على عشيرة الرجل فى عهد رسول الله ﷺ وزمن أبى بكر رضى الله عنه، وصدر من خلافة عمر رضى الله عنه، ثم دون عمر رضى الله عنه الدواوين وجند الجنود، وفرض لهم الأعطية فى بيت المال، وجعل الدية على أهل الديوان فى أعطيهم، وكان ذلك بمحض من المهاجرين والأنصار، ولم ينكر عليه أحد.

فإن قيل : إذا كان العقل فى زمن النبى ﷺ وزمن أبى بكر رضى الله عنه على عشيرة الرجل من قبل أبيه، علمنا أن العقل يتعلق بالقرابة، فكيف جاز لعمر رضى الله عنه تحويله إلى أهل الديوان، وفيه تعليق العقل بمجرد النصرة.

قلنا : لأن عمر رضى الله عنه كان قد عرف أن العقل على عشيرة الرجل فى زمن رسول الله ﷺ باعتبار النصرة لا باعتبار النسب، ودلالة ذلك من وجهين : أحدهما : أنه كان لا يؤخذ من النسوان والصبيان من عشيرة القاتل، وإن كان النسوان والصبيان من عشيرة القاتل؛ لأنهم ليسوا من أهل النصرة.

والثانى : أنه كان يعقل مع عشيرة القاتل حليفهم وعديدهم، وإن لم يكن لهم

(١) هكذا فى ظ وف وم، وكان فى الأصل : "إن بلغ مكان : "إن يكفى".

نسب من القتال ؛ لأنهم كانوا ينصرونه ، فعلمنا أن العقل فى زمن النبى ﷺ وزمن أبى بكر رضى الله عنه كان بعلة النصره إلا أن النصره فى زمن النبى ﷺ كان من أهل القبائل والأقارب ؛ لأنه لم يكن فى زمنه ديوان ، وعمر رضى الله عنه لما دُون الدواوين صارت النصره من أهل الديوان فى زمنه ، فنقل الدية إليهم لهذا ، هذا جملة ما ذكره شيخ الإسلام .

وفى "فتاوى الفقيه أبى الليث" : صبيّان يلعبون بالرمى فمرت بهم امرأة فرمى صبي ابن تسع سنين أو نحوه منهما فأذهب عينها ، قال الفقيه أبو بكر : الدية فى مال الصبي دون والده ، فإن لم يكن للصبي مال ، فنظرة إلى ميسرة .

قال الفقيه أبو الليث : إنما قال : يجب الدية فى مال الصبي ، أنه كان لا يرى للعجم عاقلة ، وكان يقول : العاقلة كانت للعرب ؛ لأنهم كانوا يتناصرون فيما بينهم ، وأما العجم لا يتناصرون فيما بينهم ، فلا عاقلة لهم ، وهكذا كان يفتى الفقيه أبو جعفر رحمه الله : أنه لا عاقلة للعجم ؛ لأنهم لم يحفظوا أنسابهم ، ولا ديوان لهم أيضاً ، وبه كان يفتى الفقيه ظهير الدين المرغينانى رحمه الله ، وبعض المشايخ قالوا : لا ، بل للعجم عاقلة ؛ لأن لهم عادة فى التناصر ، وذبح البعض عن البعض كالأساكفة والصفارين بمره كلاباذ ، ودرب الحسابين ببخارى وكالصفارين والسراجين والصرافين بسمرقند ، وبه كان يفتى محمد بن سلمة البلخى ، وهكذا كان يفتى شمس الأئمة الحلوانى .

١٩١٧- فإذا قتل رجل من هؤلاء رجلاً خطأ ، فعاقلته أهل حرفته ، قالوا : وعلى هذا القياس طلبه العلم يكون بعضهم عاقلة بعض ، وقد حكى عن القاضى الإمام المنتسب إلى إسبيجاب أنه كان يقول : أهل صناعة القاتل عاقلته وديوانه ، ولكن بشرط أن يكونوا يتناصرون بها .

وفى باب القسامة من كتاب العينة إذا لم يكن للقاتل ديوان ، فعاقلته من ينصر بهم ، وهم أهل محلته إن كان له محلة ينتصر بعضهم ببعض ، وأهل قريته إن كان له قرية ينصر بعضهم ببعض ، أو أهل حرفته إن كان له حرفة ينتصر بعضهم ببعض ، وإن كان لا ينتصر ، فعاقلته عشيرته من قبل أبيه .

والحاصل أن العبرة فى هذا الباب للتناصر وقيام البعض بأمر البعض ، فإن كان

أهل المحلة أو أهل السوق أو أهل القرية أو العشيرة بحال إذا وقع لواحد منهم أمر قاموا معه فى كفايته فهم العاقلة وإلا فلا ، وإن كان له متناصرون من أهل الديوان ومن العشيرة والمحلة والسوق ، فأهل الديوان أولى ، فإن لم يكن له متناصرون من أهل الديوان فالمتناصرون من العشيرة ، ثم بعد ذلك المتناصرون من أهل المحلة والسوق ، وهكذا ذكر الناطفى .

وصورة ما ذكر الناطفى : القاتل إذا كان من أهل ديوان أمير من الأمر أو للقاتل بنوا أعمام ، فالدية على من جمعهم ديوان ذلك الأمير دون عشيرتهم ، وإن لم يكن من أهل الديوان فعلى عصبته إن كانوا عاقلته ، وإن لم يكن ، ففي ماله يؤدى فى كل سنة ثلاثة دراهم أو أربعة دراهم ، هكذا ذكر الناطفى .

١٩١٩٨ - قال فى كتاب المعامل : ولا يعقل أهل مصر عن أهل مصر آخر ؛ وهذا لأن العقل بنى على التناصر ، وأهل كل مصر ينتصر بأهل ديوان مصره ، ولا ينتصر بديوان مصر آخر ، وأهل الكوفة يعقلون عن سوادهم وقراهم^(١) ، وكذلك أهل كل مصر يعقل عن أهل سوادهم وقراهم ، يريد بهذا أن أهل المصر الذين من أهل الديوان ولهم ديوان ، لكن من المقاتلة يعقلون أهل المصر وأهل القرى ، وإن لم يكن القاتل من أهل الديوان ؛ وهذا لأن العقل إنما وضع على من هو أهل نصرة القاتل ، وأهل نصرة أهل الكوفة وقراها ممن لا ديوان له أهل ديوان كوفة ، لكن من المقاتلة ، فإذا على رواية المعامل إن كان القاتل من أهل الديوان ، فعاقلته أهل ديوانه ، وإن لم يكن من أهل الديوان ، فعاقلته أنصاره ، وإن لم يكن شىء من ذلك ، فعاقلته أهل ديوان مصره ، ولكن من المقاتلة ، لا أهل ديوان مصره مطلقاً كالكتاب وغيرهم ، فإن لم يكن ، الآن يعتبر العشيرة ، إنما تعتبر العشيرة من قبل أبيه لا من قبل أمه ، فقد صح أن رسول الله ﷺ قضى بوجوب الدية على عصابة القاتل ، والتعصيب إنما يستفاد من قبل الأب لا من قبل الأم ، والقاتل من جملة العاقلة يؤخذ منه ، كما يؤخذ من العاقلة ، إن كان من أهل العقل ، بأن كان ذكراً حراً بالغاً صحيح العقل .

١٩١٩٩ - وكذلك أب القاتل وابنه من جملة العاقلة ، والزواج لا يكون عاقلة

(١) وفى م : "قراهم" .

المرأة، وكذا للمرأة لا تكون عاقلة الزوج، والابن لا يكون عاقلة الأم إلا أن يكون زوجها من قبل أبيها، ويؤخذ ذلك في ثلاث سنين، ولا يؤخذ من النساء والعبيد والإماء والصبيان والمجانين؛ لأن وجوب الدية على العاقلة بالشرع بخلاف القياس، والشرع لم يوجب العقل على هؤلاء، فيرد هؤلاء إلى ما يقتضيه القياس.

ويؤخذ من كل رجل ثلاثة دراهم أو أربعة دراهم، لا يزداد على ذلك، به ورد الأثر، وأقله غير مقدر، وإن لم يبلغ من الرجال من أهل ديوانه، وأنصاره ما يؤخذ من كل واحد منهم ثلاثة أو أربعة، فإنهم يضم إليهم أقرب الدواوين إليهم من هذا المصر؛ لأنه لا يجوز أن يأخذ من كل واحد منهم ما زاد على الأربعة نفياً للأجحاف^(١) عن الديوان الذي فيهم القاتل، فلا بد من ضم ديوان آخر إليهم، وضم الأقرب أولى من ضم الأبعد.

وإنما يضم إلى هذا الديوان أقرب الدواوين إليه من هذا المصر الذي فيه ديوان القاتل لا من مصر آخر؛ لأن أهل المصر لا يعقل عن أهل مصر آخر، وأقرب الدواوين إلى ديوان القاتل من هذا المصر أن يكون فائدة ذلك الديوان من يد قائد الديوان الذي فيه العاقلة، ثم إذا ضم إليه أقرب الدواوين من هذا المصر، ولم يكف، يضم إليه أبعد الدواوين من دواوين هذا المصر، وهو الديوان الذي ليست فائدة من يد قائد الديوان الذي فيه القاتل، ثم إذا ضم إليه أبعد الدواوين ولم يكف، يضم إليه عشيرته من قبل أبيه، وإذا كان في هذا المصر ديوان هو أقرب إلى ديوان القاتل إلا أنهم من أجنب القاتل، وديوان آخر هو أبعد عن ديوان القاتل إلا أنهم من عشيرة القاتل من جانب الأب، فإنه يضم أقرب الدواوين إلى ديوانه وإن كانوا أجنب، وإن كانا في القرب إلى ديوانه على السواء إلا أن أحدهما من عشيرة القاتل من قبل الأب والآخر من أجنب، فإنه يضم إليه من كان من عشيرته، ويعتبر النسب ترجيحاً متى استوى الديوانان في القرب إليه، ثم إذا ضمنا إلى أنصاره عشيرته من قبل الأب ولم يكف، يضم إليهم أقرب القبائل من النسب، ثم وثم إلى أن يكفى، هكذا ذكره محمد رحمه الله.

قالوا: وهذا الجواب إنما يستقيم في حق العربي؛ لأن العرب حفظوا أنسابهم،

(١) وكان في الأصل: "الأرجحاف".

فأمكنّا إيجاب العقل على أقرب القبائل من حيث النسب، أما لا يستقيم فى حق العجمي؛ لأن العجم قد ضيعوا أنسابهم، فلا يمكننا إيجاب العقل على أقرب القبائل من القاتل نسباً، فبعد ذلك اختلف المشايخ.

قال بعضهم: يعتبر المحال والقرى الأقرب فالأقرب، وبعضهم قالوا: يجب الباقي فى مال بيت المال، وبعضهم قالوا: يجب الباقي فى مال الجاني، ووقع فى بعض الكتب أنه إذا ضم إلى أنصاره أبعد الدواوين، ولم يكف، يضم إليه المحال الأقرب فالأقرب، وهذا المسألة دليل على أن أهل محلة يعقل عن أهل محلة أخرى، هكذا ذكر الطحاوى رحمه الله فى كتابه خلافاً؛ لما ذكره صدر الشهيد.

وحكى عن الفقيه أبى جعفر رحمه الله: أن الجاني إذا كان ديوانياً، ولأقرباءه دواوين أيضاً، فعقله على أقرباءه من ديوانه، فإن لم يتسع، فعلى الكل يعنى على جميع أقرباءه من ديوانه ومن ديوان غيره، وإن لم يكن الجاني ديوانياً، ولكن لأقرباءه دواوين، فعقله على أقرب أقرباءه إليه من أهل الديوان، فإن لم يتسع، فهو عليهم يعنى على جميع الأقارب، وإن لم يكن هو ديوانياً، ولكن لبعض أقاربه ديوان فى المصر، ولا ديوان لبعضهم، وهم يسكنون فى الرستاق، فإنه ينظر إن كان القاتل يسكن الرستاق، فهو على أقاربه من الذين يسكنون فى الرستاق، فإن لم يتسع، فهو على جميع أقاربه الذين يسكنون فى الرستاق، والذين يسكنون المصر من أهل الديوان، فما فضل فهو من ماله.

١٩٢٠٠- وإن كان القاتل يسكن المصر، فعقله على أقرباء الساكنين فى المصر من أهل الديوان، فما فضل فهو فى ماله، ولا يجب على عاقلته من أهل الرستاق الذين لا ديوان لهم؛ لأن أهل الرستاق يتناصرون بأهل المصر، وأهل المصر لا يتناصرون بأهل الرستاق، وإن لم يكن لهم ديوان، ولا لقربته ينظر إن كان يتناصر بأهل الحرف، فعقله عليهم، والفضل فى ماله، وإن كان يتناصر بأهل المحلة، فعقله على أهل المحلة، والفضل عليه، وإن كان يتناصر بالمصر فهو على أهل المصر، وأهل البادية واليمن الذين لا ديوان لهم فعقلهم على أقرب الأنساب؛ لما ذكرنا، هذا جملة ما حكى^(١) عن الفقيه

(١) هكذا فى ظ و ف م، وكان فى الأصل: "ما ذكرنا" مكان: "ما حكى".

أبى جعفر رحمه الله .

١٩٢٠١ - وهذا الذى ذكرنا كله فيما إذا كان للجانى عاقلة ، أما إذا لم يكن له عاقلة ، فعقله على بيت المال ، هكذا ذكر فى ” الجامع “ و ” الزيادات “ ، وروى عن محمد رحمه الله عن أبى يوسف عن أبى حنيفة : أنه يكون فى مال الجانى ، وذكر فى كتاب الولاء أن بيت المال لا يعقل من له عشيرة أو وارث ، سواء كان مستحقاً للميراث أو لم يكن ، بأن كان كافراً أو عبداً ، حتى قالوا : لو أن حربياً مستأمناً اشترى عبداً مسلماً ، فأعتقه ، ثم عاد المستأمن إلى دار الحرب ، فأسر وأخرج إلى دار الإسلام ، ثم مات المعتق ، فميراثه ببيت المال ؛ لأن معتقه رقيق ، ولو جنى هذا المعتق فعقله عليه ، ولا يكون فى بيت المال ؛ لأن له وارث معروف ، وهو مولى العتاقة ، وإن كان لا يستحق ميراثه .

وما ذكر فى ” الجامع “ : محمول على قاتل ليس له وارث معروف كاللقيط ، لأن غنمه يكون لبيت المال ، فغرمه أيضاً : يكون على بيت المال ، وإذا كانت العاقلة من أهل الديوان ، تجعل الدية فى عطاياهم ؛ لأن الدية أوجبت عليهم بطريق التخفيف ، ولهذا وجبت مؤجلة فى ثلاث سنين ، والتخفيف فى أن تجعل الدية فى عطاياهم ؛ لأن أداء الدية من مال لم يكتسبها بكد أيديهم أخف من أداءها من مال اكتسبها بكد أيديهم ، فإذا خرج أول عطية لهم بعد القتل وبعد القضاء عليهم بالدية ، يؤخذ منها ثلث الدية ، وإذا خرج العطية الثانية يؤخذ الثلث الثانى ، وإذا خرجت العطية الثالثة يؤخذ الثلث الثالث ، وقبل خروج العطايا لا يؤخذ منه شىء ؛ لأنه فرض فى العطاء ، وإن خرجت لهم ثلاث أعطية بمرة واحدة ، وكان ذلك بعد القضاء بالدية عليهم ، تؤخذ الدية كلها من تلك الأعطية ، فسقط الأجل .

وإن كان عاقلة الرجل أصحاب الرزق ، قضى عليهم بالدية فى أرزاقهم تخفيفاً عليهم ، كما كان يقضى فى عطاياهم إذا كانوا أصحاب عطاء تخفيفاً عليهم .

والفرق بين الرزق والعطاء أن الرزق ما يفرض للإنسان فى مال بيت المال بقدر الحاجة والكفاية ، يفرض له كل شهر أو كل يوم ما يكفيه ، والعطاء ما يفرض كل سنة ، ويقدر بخيره وغنائه فى أمر الدين ، ولا يقدر بالحاجة والكفاية ، فإن خرجت لهم أرزاق

لأشهر مضت بعد القضاء بالدية، يؤخذ منها الدية بالحصة، فينظر إن كانت أرزاقهم تخرج في كل شهر يؤخذ من رزق كل شهر نصف سدس ثلث الدية، وإن كان يخرج في كل سنة نصف ثلث الدية، وذلك سدس الدية بخلاف فصل العطاء، فإنه يؤخذ من كل عطاء يخرج ثلث الدية.

والفرق أن الدية مؤجلة في ثلاث سنين، والعطاء يخرج في كل سنة مرة، وكان في كل عطاء يخرج ثلث الدية، فأما الرزق مختلف قد يخرج كل شهر، وقد يخرج في كل ستة أشهر، فكان في كل رزق من ثلث الدية بحسابه، وإن كانت العاقلة ممن لهم أرزاق في كل شهر، وعطايات في كل سنة، فالدية تفرض في عطاياهم؛ لأن العطاء أصل في فرض الدية، فإن عمر رضى الله عنه فرض الدية في العطاء، ولا يصار إلى البدل مع القدرة على الأصل، كما لا يصار إلى العشيرة في العقل مع وجود الديوان؛ لأن الديوان صار أصلاً بفرض عمر رضى الله عنه.

١٩٢٠٢ - قال محمد رحمه الله في كتاب المعاملات: وما كان من جراحات الخطأ، ففي العاقلة على أهل الديوان إذا بلغت الجراحة ثلثي الدية في سنتين، وإن كان النصف، ففي السنتين أيضاً، وإن كان الثلث، ففي سنة، وذلك لأن الشرع أجل كل ثلث الدية إلى السنة، ومن كان منزله البصرة وديوانه الكوفة، فأهل الكوفة يعقلون عنهم، وهو يعقل عنهم، وذلك لأن العقل إنما وضع على أهل النصرة^(١) للقاتل، وأهل نصرته أهل ديوانه، لا أهل بلده، فكان عقله على أهل ديوانه لا على أهل بلده.

قال: ولو أن أخوين لأب وأم، وأحدهما ديوانه بالكوفة، والآخر ديوانه بالبصرة، لم يعقل أحدهما عن صاحبه، وهذا بناء على ما قلنا: إن العقل أولاً على الديوان، وإنما يوضع على العشيرة عند انعدام الديوان.

١٩٢٠٣ - ومن قتل قتيلاً خطأ، وهو من أهل الكوفة، وله بها عطاء، فلم يقض على عاقلته بالدية حتى حوّل ديوانه، فجعل ديوانه واسمه في ديوان البصرة، ثم رفع ذلك إلى القاضي، فإنه يقضى بالدية على عاقلته من أهل البصرة؛ لأن عاقلته يوم القضاء من أهل ديوان البصرة.

(١) هكذا في الأصل، وكان في غيره: "أهل البصرة".

ولو قضى بالدية على عاقلته بالكوفة فى ثلاث سنين ، فأخذ منهم ثلث الدية ، أو لم يؤخذ ، ثم حوّل اسمه عنهم ، فجعل فى ديوان أهل البصرة ، كان العقل على ديوان أهل الكوفة ، ولا يتحول إلى ديوان أهل البصرة ، لأننا لو حولناه إلى ديوان أهل البصرة احتجنا إلى نقض قضاء القاضى بالعقل على أهل الكوفة ؛ لأنه لا وجه إلى أن يشارك أهل البصرة أهل الكوفة فى العقل حتى يبقى القضاء بالعقل على أهل كوفة ؛ لأن أهل مصر لا يعقل عن أهل مصر آخر ، لا بد وأن يتحول ما على أهل الكوفة إلى أهل البصرة ، فيكون نقضا لقضاء القاضى ، وقضاء القاضى متى صح لا ينقض ما لم يظهر خطأ فيه ، ولم يظهر ؛ لأن حين قضى بالعقل على أهل الكوفة كان ديوان أهل الكوفة عاقلة له ، بخلاف ما قبل القضاء ، إذ ليس فى تحويل العقل هناك نقض القضاء ، ثم قال : إلا أنه يؤخذ من عطايا البصرة حصته ، يريد به القاتل ، فالقاتل واحد من العاقلة عندنا على ما بينا .

١٩٢٠٤- وفى "المتقى" رواية مجهولة : خراسانى انتقل إلى البصرة ، فوطنها وتزوج بها ثم قدم الكوفة وتزوج بها ، ثم قتل قتيلا بالكوفة خطأ ، فالدية على عاقلته بالبصرة .

١٩٢٠٥- وفيه أيضاً : إذا قتل البدوى رجلا من أهل الحضر خطأ ، فعليه مائة من الإبل فى البادية فى عشيرته وقومه ، يجمع ذلك له عرفاً^(١) ، ويوم ولّى الدم بالخروج إليهم حتى يستوفى ذلك منهم فى بلادهم . وفى المعامل : ولا تقبل البينة على القتل الذى توجب الدية إلا بمحضر من العاقلة .

ولو أقر القاتل بين يدى القاضى أن ولى القتل هذا أقام البينة على عبد فلان القاضى بالقتل خطأ ، وقضى ذلك القاضى ، فإن هذا القاضى يقبل إقراره ، ويقضى بالدية على العاقلة ، وهذا مشكل عندى ، فإن هذا قضاء على العاقلة بإقرار القاتل ، وإنه لا يجوز .

١٩٢٠٦- ولا يعقل مسلم حر عن كافر ، ولا كافر عن مسلم ؛ لأن العقل بنى على النصرة ، ولا تناصر بين أهل الكفر والإسلام ، والكفار يتعاقلون فيما بينهم إذا دانوا

(١) وكان فى الأصل : "غرماً" مكان : "عرفاً" .

التعاقل ، وإن اختلفت ملكهم ؛ لأنهم إذا دانوا التعاقل صاروا فى حكم الجناة^(١) بمنزلة المسلمين ، والمسلمون يتعاقلون فيما بينهم ، فكذا أهل الذمة ، وإن كانوا لا يدينون التعاقل فيما بينهم ، فإنه يجب الدية فى مال الجانى .

وإذا دانوا التعاقل إلا أنه لا عاقلة للجانى ، تجب الدية فى مال الجانى ، ولا يجب فى مال بيت المال .

فرق بين الذمى والمسلم ، فإن الجانى إذا كان مسلماً ولا عاقلة له ، فعقله فى بيت المال فى ظاهر الرواية ، ولا يجب فى مال الجانى ، والفرق أن العقل إنما يجب على غير الجانى باعتبار النصرة ، ومتى لم يكن للمسلم ديوان ولا قرابة بأن كان لقيطاً ، فجماعة المسلمين أهل نصرته ، فأمكننا إيجاب عقله فى بيت المال باعتبار النصرة ، بخلاف الذمى فإن جماعة المسلمين ليس أهل نصرته ، فالولاية بيننا وبينهم منقطعة ، وإن لم يكن جماعة المسلمين أهل نصرته تعذر إيجاب العقل فى بيت المال باعتبار النصرة ، فوجب فى ماله ، ثم عاقلة الذمى إنما يتحمل بقدر ما يتحمل عاقلة المسلم ، وذلك قدر أرش الموضحة فصاعداً ، أما ما دون ذلك يجب فى مال الجانى - والله أعلم - .

الفصل السابع

فى بيان من يستحق القصاص ومن يثبت له ولاية الاستيفاء القصاص

١٩٢٠٧- القصاص يقسم جميع الورثة على قدر موارثهم الرجال والنساء سواء عند علماءنا، والأصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام: «من ترك مالا أو حقاً فهو لورثته ولم يفصل»^(١)، والمعنى فيه أن القصاص حق يجرى فيه الإرث، فيرثه الرجال والنساء من ورثته قياساً على سائر الحقوق التى تجرى فيه الإرث وبيان أنه يجرى فيه الإرث أن المقتول إذا مات وترك ابنين لصلبه، وصار القصاص بينهما إذا مات أحدهما، وترك ابناً، فما كان للميت الثانى تحوّل إلى ابنه، بخلاف فصل الولاء، فإن الولاء مما لا يجرى فيه الإرث، حتى إن المعتق إذا مات عن ابنين، ثم مات أحد الابنين وترك ابناً، فإن ما كان للميت الثانى لا يصير لابنه، بل يكون جميع الولاء لابن الباقي من ابني الميت الأول.

١٩٢٠٨- وإذا قتل الرجل عمداً وله ولى واحد، فله أن يقتل القاتل قصاصاً، قضى القاضى أو لم يقض، ويقتله بالسيف ويجز رقبتة، قال عليه السلام: «لا قود إلا بالسيف»^(٢)، وإذا أراد أن يقتله بغير السيف منع عن ذلك، ولو فعل ذلك يعزر إلا أنه لا ضمان عليه، ويصير مستوفياً حقه بأى طريق قتله، وله أن يقتله بنفسه، وأن يأمر غيره بذلك، ولا ضمان على المأمور إذا قتله، وهذا إذا كان الأمر ظاهراً، ولو لم يكن الأمر ظاهراً، فقال: كنت أمرت القاتل بالقتل، فإنه لا يصدق، ويجب القصاص على القاتل

(١) أخرجه ابن الجارود فى "المتقى" مختصراً ٢٤٠/١ حديث (٩٥٧) أخرجه مسلم فى "صحيحه" ١٢٣٧/٣ حديث (١٦١٨) وابن حبان أيضاً فى "صحيحه" ١٩٢/١١ حديث (٤٨٥٤) وأبو عوانة فى "مسنده" فى ترجمة الباب ٤٤٢/٣ تعليقا، والترمذى فى "سننه" ٣٨٢/٣ و٦٣٢ حديث (١٠٧٠) وأبو داود فى "سننه" ٢٩٥/٣ حديث (٣٥٥٦) والبيهقى فى "الكبرى" ٥٣/٧ حديث (١٣١٢٣) والنسائى فى "الكبرى" ٦٣٧/١ حديث (٢٠٨٩) وفى ٩٠/٤ حديث (٦٤١٩) وفى "المجتبى" ٦٦/٤ حديث (١٩٦٣) و٢٧٣/٦ حديث (٣٧٣١) وابن ماجه فى "سننه" ٨٠٧/٢ حديث (٢٤١٥) وأحمد فى "مسنده" ٤٥٣/٢ حديث (٩٨٤٧).

(٢) وتخريج هذا الحديث قد مضى.

الثاني للقاتل الأول، وإذا قتل القاتل بحق أو بغير حق سقط عنه القصاص بغير مال، وكذا إذا مات، والقصاص في الطرف يخالف القصاص في النفس في فصل، فإن الطرف إذا قطع بحق حتى سقط القصاص يغرم القاطع أرش الطرف للمقطوع طرفه أولاً، وإذا قطع بغير حق، أو فات الطرف بأفة سماوية، سقط القصاص بغير مال.

١٩٢٠٩- وإذا قتل الرجل عمداً، وليس له ولي، فللسلطان أن يقتله قصاصاً، قال عليه الصلاة والسلام: «السلطان ولي من لا ولي له»^(١)، ذكر المسألة في الأصل من غير ذكر خلاف، وذكر في كتاب اللقيط: اللقيط إذا قتل عمداً، فللإمام أن يقتل القاتل في قول أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: ليس له أن يقتله، فمن مشايخنا من حمل مسألة الديات على الخلاف أيضاً، وجعل المذكور في الديات قولهما، ومنهم من قال: ما ذكر في الديات قول الكل.

والفرق على قول هذا القائل بين مسألة الديات ومسألة كتاب اللقيط من حيث الوضع، وضع المسألة في الديات، فمن لا ولي له في دار الإسلام بأن كان حربياً قد أسلم في دار الإسلام، أو كان من أهل دارنا، وله نسب معروف إلا أن أهل بيت نسبه قد انقرضوا، وإذا لم يكن له ولي في دار الإسلام، تيقننا ثبوت ولاية الاستيفاء للإمام، فيستوفيه، فأما اللقيط فهو من دارنا إلا أنه مجهول النسب، فلعل له ولياً في دارنا إلا أننا لا نعلم به، وعلى هذا التقدير لا يثبت ولاية الاستيفاء للإمام، ولعل لا ولي له في دارنا، وعلى هذا التقدير يثبت له ولاية الاستيفاء، فلا يثبت له ولاية الاستيفاء بالشك. ولو أراد الإمام أن يصلح في هذه الصورة، فله ذلك؛ لأن الصلح حصل ممن

(١) أخرجه أحمد في "مسنده" ١٦٥/٦ حديث (٢٥٣٦٥) و"كتاب الورع" له أيضاً ٩٠/٩، وأبو محمد في "طبقات المحدثين" ٦٩/٢، وأخرجه ابن الجارود في "المنتقى" ١٧٥/١ حديث (٧٠٠) وابن حبان في "صحيحه" ٣٨٤/٩ و٣٨٦ حديث (٤٠٧٥) والحاكم في "المستدرک" ١٨٢/٢ حديث (٢٧٠٦) و١٨٣/٢ حديث (٢٧٠٩) والترمذي في "سننه" ٧٤٠٧/٣ حديث (١١٠٢) وأبو عوانة في "مسنده" ٧٧/٣ (٤٢٥٩) والبيهقي في "الكبرى" ١٠٥/٧-١١٣، ١٢٤، ١٢٥، ١٣٨، ١٤٨، والدارقطني في "سننه" أيضاً ٢٢١/٣ حديث (١٠) وفي ٢٢٦/٣ حديث (٢٠) وأبو داود في "سننه" ٢٢٩/٢ حديث (٢٠٨٣) والنسائي في "الكبرى" ٢٨٥/٣، ٧٦/٤، ٥٣٩٤ و٦٣٥٤ وابن ماجه في "سننه" ٦٠٥/١ حديث (١٨٧٩) والطبرانی في "الأوسط" ٢٦٨/١ حديث (٨٧٠٣).

يملك الاستيفاء، وهو أنفع في حق جماعة المسلمين من الاستيفاء. ولو أراد أن يعفو عن القصاص ليس له ذلك؛ لما فيه من إبطال حق جماعة المسلمين بغير عوض.

وإذا وجب القصاص بصغير أو معتوه في النفس، أو فيما دون النفس وله أب ولا حق للأب في هذا القصاص، فإن الأب يملك الاستيفاء عند علماءنا، خلافاً للشافعي، هكذا ذكر شيخ الإسلام في شرحه، وذكر الشيخ الإمام أحمد الطواويس في شرحه: أن الأب يملك الاستيفاء استحساناً، والقياس أن لا يملك ذلك، وجه القياس أن علة ولاية الأب على الصغير حاجة الصغير إلى ذلك تحصيلًا للمصلحة في حقه، ولا حاجة للصغير إلى استيفاء القصاص في الحال، ولا مصلحة له في ذلك، لأن مصلحة استيفاء القصاص مصلحة الإحياء، ومعنى الإحياء أن القاصد يقصد قتل ولي المقتول؛ لما أنه يخاف من الولي، فإذا قتل القاتل يبقى ولي المقتول حيًا. قلنا: والقاتل لا يقصد قتل الصغير؛ لما أنه لا يخاف من الصغير.

وجه الاستحسان: أن القصاص إما أن يكون ملحقًا بالمال أو بالنفس، وأيًا ما كان فلأب ولاية ذلك لفقه، وهو أن للأب شفقة كاملة على الصغير، وله رأى كامل، وبحكم كمال الرأى يقدر على تحصيل النظر للصغير، وبحكم الشفقة يحصل، فحصل النظر للصغير، وإنما ثبت ولاية الأب في نفس الصغير وماله لهذا المعنى، وهذا المعنى موجود في القصاص، فثبت له الولاية أيضًا.

وقوله: لا حاجة للصغير إلى استيفاء القصاص في الحال، قلنا: هذا ممنوع، وهذا لأن القاتل كما يقصد قتل الكبار من الأولياء لشر يتوهم منهم للحال يقصد قتل الصغار منهم لشر يتوهم منهم في الثاني، ألا ترى كيف جرت العادة فيما بين الظلمة بقتل الصغار من أولاد الأعداء.

ولو أراد الأب أن يصالح عن قصاص وجب للصغير أو المعتوه في النفس، أو فيما دون النفس، فله ذلك؛ لأن فيه نقل حق الصغير عما ليس بمال إلى ما هو مال، ولو أراد أن يعفو عن ذلك، فليس له ذلك؛ لما فيه من إبطال حق الصغير بغير عوض، وأما الوصى فهل يملك استيفاء قصاص وجب للصغير أو للمعتوه، فإن كان القصاص في النفس لا يملك، بخلاف الأب.

والفرق أن ولاية الاستيفاء للأب إنما تثبت نظراً للصغير؛ لأن الأب بحكم كمال الرأي يقدر على تحصيل النظر، وبحكم كمال الشفقة يحصل النظر، فأما الوصى إن كان كامل الرأي، فليس له شفقة كاملة، فبإقدامه على الاستيفاء لا يعلم جهة المصلحة في الاستيفاء؛ وهذا لأن مصلحة استيفاء القصاص مصلحة الإحياء، وهذه المصلحة قد تحصل بدون الاستيفاء بأن لا يقصد القاتل قتل الولى لوقوع الأمن له عن قصد الولى إما لضعفه، أو ما أشبه ذلك، وإنما يتوقف على ذلك عند التأمل، والداعى إلى التأمل كمال الشفقة، وللأب شفقة كاملة، فإذا مال إلى الاستيفاء، علمنا أنه تأمل، فوجد الاستيفاء مصلحة على التعيين، فأما الوصى فليس له شفقة كاملة على الصغير، فلا يستدل بإقدامه على الاستيفاء على كون الاستيفاء مصلحة على التعيين، والقياس يأبى الولاية على الصغير إلا فيما هو مصلحة في حقه على التعيين، وإذا لم يعرف كون الاستيفاء من الوصى مصلحة في حقه على التعيين، رد إلى ما يقتضيه القياس.

١٩٢١٠- وإن كان القصاص فيما دون النفس، ذكر شيخ الإسلام في شرحه: أن فى عامة الروايات له ولاية الاستيفاء، وفى بعض الروايات ليس له ولاية الاستيفاء، وذكر الشيخ الإمام الزاهد أحمد الطواويسى فى شرحه: أن فى المسألة قياساً واستحساناً، القياس أن ليس له ذلك، وفى الاستحسان: له ذلك، وجه ما ذكر أنه ليس له ذلك أن القصاص فيما دون النفس يشبه القصاص فى النفس من وجه من حيث إنه عقوبة تدرء بالشبهة، ولهذا لا يثبت بالشهادة على الشهادة، وبشهادة النساء مع الرجال، ويجب موجه على العاقلة إذا كان خطأ كما فى النفس، ويشبه المال من حيث إنه مشروط فيه التكافى والتساوى كما فى المال، فمن حيث إنه بمنزلة القصاص فى النفس لا يثبت للوصى ولاية الاستيفاء، ومن حيث إنه بمنزلة المال يثبت للوصى ولاية الاستيفاء، فلا يثبت له ولاية الاستيفاء بالشك، وجه ما ذكر أن له ذلك أن القصاص فيما دون النفس فى حق حكم الاستيفاء الحق بالمال حتى يشترط فيه التساوى والتكافى لجواز الاستيفاء، وللوصى ولاية الاستيفاء فى المال، فيثبت له ولاية الاستيفاء فى القصاص فيما دون النفس.

وإن أراد الوصى أن يصالح عن قصاص وجب للصغير، إن كان القصاص فى النفس فيه روايتان: على رواية صلح "الأصل": ليس له ذلك؛ لأن الوصى فى حق

القصاص فى النفس بمنزلة الأجنبى ، ألا ترى أنه لا يملك الاستيفاء ، وعلى رواية ديات "الأصل" و "الجامع الصغير" له ذلك ، وفرق على هذه الرواية بين الصلح وبين الاستيفاء .

والفرق : وهو أن الوصى فى حق الصغير بمنزلة الأب من وجه ، حتى ملك التصرف فى ماله كالأب ، وبمنزلة الأجنبى من وجه حتى لم يملك التصرف فى نفسه كالأجنبى ، فله شبهه بالأب ملك الصلح ، لأن الصلح تصرف فى المال بأحد طرفيه ، ولشبهه بالأجنبى لم يملك الاستيفاء .

١٩٢١١- وإن كان القصاص فيما دون النفس فعلى الرواية التى يملك الاستيفاء كما ذكره شيخ الإسلام ، وعلى جواب الاستحسان على ما ذكره الشيخ الإمام الزاهد أحمد الطواويسى : يملك الصلح كما فى الأب ، وعلى الرواية التى لا يملك الاستيفاء وهو القياس يجب أن يكون فيه روايتان ، لأن على هذه الرواية القصاص فيما دون النفس ملحق بالقصاص فى النفس ، وفى صلح الوصى عن القصاص فى النفس روايتان .

١٩٢١٢- وإن أراد الوصى العفو ، فليس له ذلك ، النفس وما دون النفس فى ذلك سواء ، وإن صالح الوصى عن قصاص وجب للصغير ، وحط من الدية شيئاً ، لا يجوز ما حطّ يبلغ به الدية النفس وما دون النفس على السواء ، فلم يجز الحط من غير فصل بين الفاحش وبين اليسير ، والوكيل بالصلح على عشرة آلاف إذا حط عنه درهماً لا يبلغ به الدية ، ولكن يقف على إجازة الموكل ، ومن قال : يبلغ تمام الدية لأن بدل القصاص مقدر شرعاً ، وفى مثل هذا لا يتحمل الغبن أصلاً ، عرف ذلك فى مسألة الوكيل بالبيع ببذل مقدر ، ولا يخير القاتل ، وإن لزمه زيادة بدل لم يرضَ به ؛ لأنه تعذر عليه الفسخ ؛ لأن الصلح عن القصاص بعد وقوعه لا يمكن رده ، فلا يفيد التخيير .

١٩٢١٣- وإذا قتل الرجل وله أولياء صغار وكبار ، فللكبار أن يقتلوا القاتل ، وقال أبو يوسف ومحمد : ليس لهم ذلك حتى يدرك الصغار ، ذكر المسألة بهذا اللفظ فى "الجامع" ، وذكر فى "الأصل" بلفظ آخر ، فقال : إذا قتل الرجل ، وله ورثة صغار وكبار ، فأراد الكبير أن يستوفى موجب القتل كله ، هل له ذلك ، وجعل المسألة على

وجهين : إما أن يكون القتل خطأ أو عمدًا ، فإن كان الشريك الكبير أبا كان له أن يستوفى جميع الدية حصة نفسه بحكم الملك ، وحصة الصغير بحكم الولاية .

١٩٢١٤- وإن كان الشريك الكبير أخًا أو عمًا ، ولم يكن وصيًا للصغير يستوفى حصة نفسه ، ولا يستوفى حصة الصغير ، وإن كان القتل عمدًا إن كان شريك الكبير أبا ، كان له أن يستوفى القصاص بالإجماع ؛ لأن للأب ولاية استيفاء القصاص على أولاده الصغار ، وإن لم يكن للأب فيه شركة ، فإذا كان فيه شركة للأب أولى .

وإن كان الشريك الكبير أجنبيًا ، بأن قتل عبدًا هو مشترك بين أجنبيين : أحدهما صغير ، والآخر كبير ، ليس له أن يستوفى القصاص بالإجماع ، وإن كان الشريك الكبير أخًا أو عمًا ، فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله : له أن يستوفى القصاص قبل بلوغ الصغير ، وعلى قولهما ليس له ذلك حتى يبلغ الصغير إلا أن يكون للصغير أب ، فيستوفى الأب نصيب الصغير مع الكبير ، وعلى هذا الاختلاف إذا كان شريك الكبير معتوهًا أو مجنونًا والكبير أخو المعتوه أو عمه .

وإن أراد السلطان أن يستوفى حصة الصغير مع الكبير ، لا شك أن على قول أبي حنيفة له ذلك ؛ لأن على قوله الكبير يملك استيفاء حصة الصغير بنفسه ، فمع السلطان أولى ، وأما على قولهما : ليس له ذلك ؛ لأن ولاية السلطان على الصغير إذا كان له أخ أو عم ولاية ناقصة ، ألا ترى أنه لا يملك التصرف في نفسه في هذه الحالة ، وإن كان يملك التصرف في نفسه ، والقصاص واجب للصغير في النفس لا يستوفى الولاية الناقصة كما في الوصى ، حتى إنه إذا لم يكن للصغير أخ أو عم كان للسلطان أن يستوفى ؛ لأن ولاية السلطان في هذه الحالة متكاملة .

وأجمعوا على أن القصاص إذا كله للصغير ليس للأخ الكبير ولاية الاستيفاء ، والعبد المشترك بين صغير وكبير إذا قتل عمدًا حتى وجب القصاص ، فأراد الكبير أن يستوفى القصاص ، بعض مشايخنا قالوا : بأنه على الخلاف ، وبعضهم قالوا : يستوفيه الكبير بالإجماع ، ورأيت في نسخة أن الكبير لا يملك الاستيفاء بالإجماع .

وأما القاضى هل يملك استيفاء القصاص للصغير ، ذكر كثير من مشايخنا المتأخرين في شروحه : أن القاضى كالأب في هذا الباب ، واستدلوا في ذلك بفصل

السلطان، فقد ذكر محمد رحمه الله: أن من قتل عمداً ولا ولى له، فللسلطان أن يقتص منه، أو يصالح ولا يعفو، وقد ذكرناه في صدر هذا الفصل.

١٩٢١٥- وذكر محمد رحمه الله في الكيسانيات: أن القاضي لا يستوفي القصاص للصغير في النفس وفيما دون النفس، ولا يصالح، وقال الناطقى في "واقعاته": "وعندى أن القاضي كالوصى، وذكر الناطقى في "أجناسه": إذا لم يكن للصغير أب أو وصى، فرفع إلى القاضي، فالقاضي لا يستوفي القصاص في النفس، وفيما دون النفس في قول أبى حنيفة وأبى يوسف ومحمد، وهذا الجواب في حق القاضي فيما دون النفس مشكل على عامة الروايات على ما ذكره شيخ الإسلام، وعلى جواب الاستحسان على ما ذكره الإمام الطواويسى؛ لأن الوصى الذى يستفيد الولاية من القاضي يملك الاستيفاء فيما دون النفس، فكيف لا يملكه القاضي.

وذكر محمد رحمه الله في كتاب الإجازات: أن الأب أو الوصى إذا ضرب الصغير فى أدب، ومات، ضمن فى قول أبى حنيفة، والمعلم إذا ضربه فى الموضع المعتاد بإذن أحدهما فمات، لا يضمن المعلم ولا الأب ولا الوصى فى قولهم جميعاً، قال الناطقى: قد يستفيد الإنسان أمراً من جهة غيره، ثم يكون حاله أقوى من حال ذلك الغير كالمعلم والمؤدب مع الأب والوصى هنا.

وكذلك الأب لا يبيع مال ولده الكبير، ووصى الأب يملك ذلك، وستأتى مسألة ضرب الأب والمعلم بعد هذا فى موضعها - إن شاء الله -.

١٩٢١٦- رجل له عبدان قتل أحدهما الآخر عمداً، فللمولى أن يستوفي القصاص من القاتل، ذكره محمد رحمه الله فى آخر عتاق الأصل فى باب جناية رقيق المكاتب.

الفصل الثامن

فى الجنائيات على نفس الرقيق وأطرافهم

١٩٢١٧- ويقتل الحر بالعبد والعبد بالحر، والعبد بالعبد؛ لأن العبد فيما يرجع إلى الدم يبقى على أصل الحرية، ولا يقطع طرف العبد بطرف الحر، ولا طرف الحر بطرف العبد؛ لأن أطراف العبد يسلك بها مسلك الأموال، هذا هو حكم العمد، وأما حكم الخطأ فإن كانت قيمة المجنى عليه أقل من عشرة آلاف درهم، فإنه يجب قيمته بالغة ما بلغت، وإن كانت قيمته عشرة آلاف درهم فصاعداً، يجب عشرة آلاف درهم إلا عشرة، وهذا قول أبى حنيفة ومحمد، وعن أبى يوسف: يجب قيمته بالغة ما بلغت، وإن كانت أكثر من عشرة آلاف درهم، وهو أحد قولى الشافعى رحمه الله.

هذا هو حكم العبد وفى الأمة إن كانت قيمتها أقل من خمسة آلاف درهم يجب قيمتها بالغة ما بلغت، وإن كانت قيمتها خمسة آلاف درهم فصاعداً يجب خمسة آلاف درهم إلا عشرة عند أبى حنيفة ومحمد، وروى الحسن عن أبى حنيفة: أنه يجب خمسة آلاف درهم إلا خمسة دراهم، والصحيح ما ذكرنا، وعن أبى يوسف رحمه الله: أنه يجب قيمتها بالغة ما بلغت، وهو أحد قولى الشافعى.

والمسألة مختلفة بين الصحابة رضوان الله عليهم، روى عن ابن مسعود رضى الله عنه مثل قول أبى حنيفة ومحمد رحمه الله، وروى عن على رضى الله عنه مثل قول أبى يوسف رحمه الله: والمسألة بناء على أصل آخر أن الواجب فى هذه الصورة ضمان النفس، أو ضمان المال، فوقع عند أبى يوسف رحمه الله: أن الواجب ضمان المال، وضمن المال يجب بالغاً ما بلغ، وعندهما الواجب ضمان النفس، وضمن النفس من هو أعلى حالاً منه، وهو الحر لا يزداد على عشرة آلاف درهم، فضمن النفس من هو أدنى حالاً منه وهو العبد أولى.

فوجه قول أبى يوسف رحمه الله: إنه اجتمع فى العبد الدم والمال، والعمل بالأمرين فى حق المقدار متعذر، لأن اعتبار معنى الدم يمنع الزيادة على عشرة آلاف

درهم، واعتبار معنى المالية يوجبها، فلا بد من اعتبار أحدهما وإلغاء الآخر، فنقول :
اعتبار معنى المالية أولى بوجهين : أحدهما : أن ضمان الدم لا يعرف إلا توقيفاً، ولم يرد
الشرع بتقدير ضمان الدم في حق العبد، فتعذر إيجاب ضمان الدم، فأوجبنا ضمان
المال، الثانى : أننا أن اعتبرنا المالية، فقد اعتبرنا المماثلة فيكون إيجاباً على وفق الأصول،
ومتى اعتبرنا الدم، فقد أسقطنا اعتبار المماثلة، فيكون إيجاباً على مخالفة الأصول،
وأبو حنيفة ومحمد قالا : اعتبار الدم أولى ؛ لأنه أصل والمال كالتابع، ألا ترى أنه يبقى
الدم بعد زوال المالية بالعتق، ولا تبقى المالية بعد زوال الدم، ولا شك أن اعتبار الأصل
أولى من اعتبار التبع عند تعذر اعتبارهما، وإذا أثبت أن الواجب ضمان الدم، فالتقريب
ما ذكرنا .

وهذا المقدار من الواجب يكون على العاقلة مؤجلاً إلى ثلاث سنين، وعند أبى
يوسف رحمه الله : يجب فى مال الجانى بناء على ما قلنا : إن الواجب عند أبى يوسف
ضمان المال، وضمان المال لا يتحملة العاقلة، وعندهما : الواجب ضمان الدم، فيكون
على العاقلة .

١٩٢١٨- وفى "نوادير ابن سماعه" عن محمد رحمه الله : عبد بين رجلين قتله
رجل عمداً، فأقام أحد الموليين بيته أن هذا قتل العبد عمداً يقضى للحاضر بنصف الدم،
فإذا حضر الغائب أمرناه أن يعيد البيعة ؛ لأن هذا ليس من قبيل شىء ورثاه، ولا يشبه هذا
فى قول محمد رحمه الله إذا أقام أحد الابنين البيعة على القاتل، والآخر غائب، ثم
حضر، وكذلك فى قتل العبد خطأ يكلف الآخر إذا حضر إعادة البيعة .

١٩٢١٩- هذا هو الكلام فى بدل نفسه، جئنا إلى بدل طرفه، ذكر القدورى فى
شرحه : أن كل شىء من الحرفيه الدية، فمن الملوك فيه القيمة عند أبى حنيفة رحمه الله،
وكل شىء من الحرفيه نصف الدية فمن الملوك فيه نصف القيمة إذا فات بفواته منفعة
مقصودة، وذلك كالعين واليد، فأما ما يقصد به الزينة نحو الأذن والحاجبين، وما أشبه
ذلك، فكذلك الجواب فيه فى قوله الأول، وفى قوله الآخر لا يتعذر ذلك ويلزمه
النقصان .

١٩٢٢٠- وقال محمد : ضمان الجناية على أطراف العبد لا يتقدر، ولكن يقوم

مجنيًا عليه، وغير مجنى عليه، فيغرم فضل ما بين القيمتين .

وعن أبي يوسف روايتان : فى رواية : مثل ما قاله أبو حنيفة ، وفى رواية : مثل ما قاله محمد ، هذا جملة ما ذكره القدورى .

١٩٢٢١- فى "نوادير ابن رستم" عن محمد : رجل قطع يد عبد ، فعليه ما نقصه لا أبلغ به نصف دية الحر .

١٩٢٢٢- وفى "النوازل" : إذا حلق رأس عبد ، فلم ينبت ، قال أبو حنيفة رحمه الله : إن شاء المولى ، دفعه إليه ، وأخذ قيمته ، وإن شاء ترك ، قال محمد : لا أحفظ عنه فى اللحية شيئاً ، هكذا ذكر فى "النوازل" .

١٩٢٢٣- وفى "العيون" عن أبي حنيفة رحمه الله : أن من قطع أذن عبد ، أو أنفه ، أو حلق لحيته ، فلم ينبت ، فعليه للمولى قيمته بالغة ما بلغت ، وإن دفع إليه العبد .

١٩٢٢٤- قال هشام : سألت محمد عن أشعار عين المملوك إذا نتفها إنسان ، فأخبرنى أن أبا حنيفة رحمه الله قال : فى أشعار عين المملوك وحاجبيه وفى أذنيه ما نقصه وهو قول أبى يوسف رحمه الله وقولنا ، قال : ولا أحفظ فى اللحية عن أبى حنيفة رحمه الله ، ولكن أحفظ عنه فى شعر الرأس أن مولاه إن شاء دفعه وأخذ قيمته ، وإن شاء لم يدفع ، وأخذ من الجانى ما نقصه .

وفى "الأصل" : أن فى شعر العبد ولحيته حكومة عدل ؛ وكأنه قول أبى حنيفة رحمه الله الآخر ، كما ذكره القدورى .

وعن الحسن عن أبى حنيفة رحمه الله : فى أذن العبد وأنفه ولحيته إذا لم ينبت نقصان القيمة كما قال محمد رحمه الله على ما ذكره القدورى ، وفى المختلفات عن أبى يوسف ومحمد فى هذه الصورة نقصان القيمة ، وهكذا ذكر قول أبى حنيفة رحمه الله فى "المجرد" ، وعليه الفتوى .

وفى "العيون" : قال محمد : إذا فقأ الرجل عينى عبد ، فمات من غير الفقه ، فلا شىء على الفاقئ ، ولو لم يميت ، بل قتله إنسان لزم الفاقئ النقصان فى قول أبى حنيفة ، وقال محمد رحمه الله : يضمن النقصان فى الوجهين ، قيل لمحمد : من أين فرق أبو

حنيفة رحمه الله بين الموت والقتل؟ فقال: لا أدري.

وذكر فيه أيضاً بعد هذا عن أبي حنيفة: إذا فُتق رجل عيني عبد، ثم قطع آخر يده، فعلى الفاقى ما نقصه، وعلى القاطع نصف قيمته مفقوءة العينين.

وروى أبو يوسف رحمه الله: أن هذا استحسان على قول أبي حنيفة رحمه الله، والقياس أن لا يكون عليه شيء في قوله؛ لأن مفقوءة العينين لا يقابلها شيء عنده، وهي مسألة جناية العمياء.

١٩٢٢٥- وفي "فتاوى سمرقند": أن رجلين قطعاً يدي عبد معاً أحدهما اليمنى والآخر اليسرى، فعلى كل واحد منهما نصف قيمة العبد، وهو على شرف القطع، وهذه المسألة حجة في مسألة أخرى أن من رمى إلى عبد سهماً، فقتله آخر قبل أن يصيبه السهم، فعلى القاتل قيمة العبد مرمياً لم تقع به الرمية، وفي "المتقى" عن أبي حنيفة رحمه الله: رجل قطع اليد اليمنى من عبد رجل، وقطع رجل آخر اليد اليسرى منه، ومات منهما، فعلى القاطع الأول نصف القيمة، وعلى الثاني ما نقصه، وما بقى فهو عليهما نصفان، وهو قول أبي يوسف، وقال محمد: عليهما نقصان قطع اليدين والنفس عليهما نصفان.

١٩٢٢٦- وفي جنايات "الجامع": رجل شج عبد رجل موضحة، فعلى الشاج نصف عشر قيمته في ظاهر الرواية؛ لأن الجناية على الرقيق فيما دون النفس إذا كان لها أرش مقدر يعتبر بالجناية على الحر في ظاهر الرواية، ومن شجّ حرّاً موضحة يجب نصف عشر ديتة، فهنا يجب نصف عشر قيمته، وكتب ثمة روى عن أصحابنا في "النوادر": أنه يجب النقصان كما في البهائم، فإذا ما يقال: إن الجناية على أطراف الرقيق يسلك بها مسلك الأموال مطلقاً من غير تفصيل يستقيم على رواية "النوادر"، أما على ظاهر الرواية لا يستقيم.

وينبغي أن يفصل على ظاهر الرواية بينهما لها أرش مقدر، وبينهما ليس لها أرش مقدر، وإذا فُتق الرجل عين عبد وقطع يده وقيمته أكثر من عشرة آلاف درهم، قال أبو حنيفة رحمه الله: عليه خمسة آلاف درهم إلا خمسة.

هكذا ذكر المسألة في "العيون" وهو قول محمد رحمه الله في كتاب الوكالة، وهذا

باتفاق الروايات بخلاف فصل الأمة على ظاهر الرواية عنهما، فإن هناك يجب خمسة آلاف إلا عشرة^(١)؛ لأن تلك دية كاملة، فنقصا عنهما عشراً كما فى العبد، أما هذه نصف الدية، فينقص عنها خمسة اعتبار للبعض بالكل، وقال أبو يوسف: يجب بالغ ما بلغ إلا أن يبلغ الدية، فينقص عنها أحد عشر درهماً عشرة للرق والواحد للتفاوت بين العبد والطرف.

١٩٢٢٧- فى "العيون" و "فتاوى الفضلى": العبد المبيع إذا قتل قبل القبض عمداً يخير المشتري بين المضى والرد، وإذا اختار المضى فله أن يقتص، ولكن لا يكون له الاستيفاء إلا بعد نقد الثمن للبائع، فقد جوز إجازة البيع بعد الموت هنا، ولورد المشتري المبيع، فللبائع أن يقتص فى قول أبى حنيفة رحمه الله.

وقال أبو يوسف رحمه الله: لا يقتص البائع وكتب فى المستزاد هذه المسألة بعينها، وكتبت ثمة روى الحسن عن أبى حنيفة أنه لا قصاص له فيه على القاتل سواء أجاز المشتري أو نقصه؛ لأن الملك فى الابتداء كان للمشتري، وللبائع يد ملك كالراهن وبالقتل بطل ملك المشتري أيضاً، وصار للبائع من الأصل، فاشتبه الولي.

وروى أبو يوسف عن أبى حنيفة: أن المشتري إذا أجاز، فله أن يستوفى القصاص إذا أدى الثمن، وإذا فسخ البيع، فللبائع أن يستوفى القصاص إن شاء، وإذا كان البيع بشرط الخيار للبائع، فقتل عنده أو عند المشتري، فاستيفاء القصاص للبائع، ولو كان للمشتري خيار رؤية أو خيار شرط، وقتل العبد فى يده، بطل خياره ولا قصاص، وإن كان قبل قبض الثمن، وإن قتل فى يد البائع، فللبائع القصاص.

وذكر الكرخي فى "مختصره": إذا قتل عند المشتري والخيار للبائع، فإن شاء البائع اتبع القاتل فقتله، وإن شاء ضمن المشتري قيمته، ولا قصاص للمشتري.

قال أبو يوسف رحمه الله: وكذلك حفظى عن أبى حنيفة فى الغاصب، ورأيت أن الغاصب والبائع سواء.

١٩٢٢٨- وفى "العيون": العبد المرهون إذا قتل عمداً إن اجتمعا على القصاص، فلهما أن يقتصا فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف، ويكون المستوفى هو الراهن.

(١) هكذا فى "ظ" و "ف"، وكان فى الأصل و "م": خمسة مكان "عشرة".

وقال زفر ومحمد: لا قصاص، وعلى القاتل القيمة.

١٩٢٢٩- وفي "فتاوى الفضلى": العبد الموصى به إذا قتل قبل أن يقبل الموصى له الوصية فلا قصاص، لا للوارث، ولا للموصى له إن اتفقا أنه مات الموصى أولاً، ثم قتل العبد قبل قبول الموصى له؛ لأنه لم يدخل في ملك الورثة ولا في ملك الموصى له، ثم بعد ذلك ينظر، إن قبل الموصى له الوصية، رجع على القاتل بقيمته، وإن رد رجع على الورثة بذلك.

١٩٢٣٠- والموصى برقبته لرجل، وبخدمته لآخر إذا قتل عمداً، فلا قصاص فيه إلا أن يجتمعا، وإنما شرط رضا صاحب الخدمة؛ لأنه يتضرر بالاستيفاء، ويكون المستوفى عند الاجتماع صاحب الرقبة؛ لأن القصاص إنما يجب بقتل النفس دون إتلاف المنفعة، وإن لم يرض صاحب الخدمة بالقصاص فإنه تجب القيمة على القاتل، ويشتري بها عبداً آخر ويكون حاله مثل حال الأول.

في القدورى: وقال أبو يوسف: المشهور إذا قتل قبل قبض المرأة، وبذل الخلع إذا قتل قبل قبض الزوج، وبذل الصلح عن دم عمد إذا قتل قبل القبض، كان ذلك كله بمنزلة البيع قبل القبض.

١٩٢٣١- وفي "فتاوى الفضلى": العبد المغصوب إذا قتل في يد الغاصب عمداً، فإن شاء القاتل، اقتص من المالك، وإن شاء، ضمن الغاصب قيمة عبده، ثم يرجع الغاصب على القاتل بما ضمن، وليس للغاصب أن يقتله، إذا لم يظهر أنه قتل مملوك الغاصب؛ لأن الملك لا يستند في الهالك، أو إن كان يستند، فلا يخلو عن شبهة.

١٩٢٣٢- وإذا أعتق المولى عبداً، قطع أجنبى يده عمداً، ثم مات العبد من ذلك، فإن كان له ورثة غير المولى، فلا قصاص على القاتل في الاستحسان، وعليه أرش اليد للمولى، وإن لم يكن له وارث غير المولى، اقتص منه عندهما.

وقال محمد رحمه الله: على القاطع أرش اليد، وما نقصه القطع إلى أن أعتقه، وبطل الفضل.

١٩٢٣٣- ولو رمى عبداً، فأعتقه المولى، ثم وقع عليه السهم، فعليه قيمته للمولى في قول أبى حنيفة رحمه الله.

وقال محمد: فضل ما بين قيمته مرمياً إلى قيمته غير مرمى، وقول أبي يوسف رحمه الله مع أبي حنيفة في شرح الجامع الصغير "ومع محمد في المختلفات".

١٩٢٣٤- وفي "نوادير ابن سماعة" عن محمد: رجل قطع يد عبد رجل، أو شج عبد رجل، ثم إن المولى باعه، ثم رد عليه بعبق بقاء القاضي، أو وهبه المولى من إنسان، ثم رجع في الهبة بقاء أو بغير قضاء، ثم مات العبد من الجناية، فإن مولى العبد يرجع على الجاني بجميع قيمته من قبل أنه قد رجع على الأصل.

١٩٢٣٥- وفي "نوادير بشر": عن أبي يوسف لو أن أمة قطعت يدها خطأ، وباعها المولى من إنسان على أنه بالخيار، أو على أن المشتري بالخيار، ثم انتقض البيع بالخيار، وردت على المولى، فماتت عنده من القطع، فعلى القاطع قيمتها تامة، وإن كان القطع عمداً درأت القصاص استحساناً.

١٩٢٣٦- وفي "نوادير داود بن رشيد" عن محمد: عبد قطع رجل يده، ثم مكث سنة، ثم اختلف القاطع والمولى في قيمته يوم القطع، فقال القاطع: كانت قيمته يوم القطع ألف وخمسمائة، وقال مولى العبد: كانت قيمته ألفي درهم وقيمة العبد يوم اختصما ألف درهم، ولو كان صحيح اليد كان قيمته ألفي درهم، فالقول قول القاطع، فإن غرم ذلك، أو لم يغرم حتى انقضت اليد ومات، فعلى عاقلة القاطع اليد والنفس، فيكون اليد على ما قال القاطع وعاقلته، وأما النفس فإنه لا يصدق واحد منهما عليهما، فيغرم القاتل قيمة النفس يوم تلفت، ويكون على العاقلة ألف وخمسمائة أرش خمسمائة منها اليد.

١٩٢٣٧- رجل فقأ عيني عبد، وقطع الآخر رجله أو يده فبرئ، وكانت الجناية منهما معاً، فعليهما قيمته أثلاثاً ويأخذان العبد، فيكون بينهما على قدر ذلك.

وكذلك كل جراحة كانت من اثنين معاً جراحة هذا في عضو، وجراحة هذا في عضو آخر يستغرق ذلك القيمة كلها، فإنه يدفعه إليهما، ويغرمان قيمته على قدر أرشه جراحتهما، ويكون بينهما على ذلك، وإن مات منهما والجراحة خطأ، فعلى كل واحد منهما أرش جراحته على حدة من قيمة عبد صحيح، وما بقى من النفس عليهما نصفان.

فإن علم أن إحدى الجراحتين قبل الأخرى، وقد مات منهما، فعلى الجراح الأول

أرّش جراحته من قيمته صحيحاً، وعلى الجراح الثانى أرّش جراحته مجروحاً بالجراحة الأولى، وما بقى من قيمته، فعليهما نصفان، وإن برئ منهما، والجراحة الأخرى تستغرق القيمة، والأولى لا تستغرقها، فعلى الأول: أرّش جراحته، وعلى الثانى: قيمته مجروحاً بالجرح الأول، ويدفع إليه يعنى العبد.

ولو كانت الجراحة الأولى هى التى تستغرق القيمة، فعلى الجراح الثانى أرّش جراحته، وعلى الأول أول أرّش جراحته؛ لأنه لا يدفع إليه، وقد وجدت فيه ما وجدت -والله أعلم-.

١٩٢٣٨- وفى "نوادر ابن سماعة" عن أبى يوسف: رجل حمل على عبد رجل مختوماً، ورجل آخر حمل عليه مختومين، وكل ذلك كان بغير إذن المولى، فمات من ذلك كله، فعلى صاحب المختوم ثلث القيمة وعلى صاحب المختومين ثلثا القيمة وهو قول أبى حنيفة رحمه الله.

١٩٢٣٩- وفى "نوادر هشام" عن أبى يوسف: رجل قتل رجلاً، فجاء رجل، وادعى أنه عبده، وأقام البينة، فشهدوا أنه كان عبده فأعتقه وهو حر اليوم، فإن كان له وارث قضيت لوارثه بالقصاص فى العمد، وبالدية فى الخطأ، وإن لم يكن له وارث، فلمولاه قيمته فى الخطأ والعمد؛ لأنه يقول فى الخطأ: القيمة، وفى العمد يقول: هو عبدى، وشهد الشهود أنه حر، فدخلت شبهة.

الفصل التاسع

فى جنایات الرقيق

١٩٢٤٠ - قال محمد رحمه الله فى "الأصل" : إذا جنى العبد على آدمى جنابة موجبة للمال ، فإن مولاه بالخيار إن شاء دفعه بها ، وإن شاء ، فداه بالأرث ، وهذا مذهبننا ، والأصل أن عندنا أن موجب جنابة العبد على آدمى ، إذا كانت جنابة موجبة للمال لا يجب فى ذمة العبد ، وإنما يجب على المولى ، فيتخير بين الدفع والفداء بالأرث إلا أن الموجب الأصلى دفع العبد ، وله التخليص من ذلك بالفداء ، ولهذا قالوا : إذا هلك العبد قبل الاختيار برئ المولى ، ولو كان الموجب أحد الشئئين والخيار إليه لكان إذا هلك العبد قبل الاختيار أن يتعين الأرث ، فدل أن الموجب الأصلى الدفع ، وله التخليص باختيار الفداء ، وأى ذلك ما اختار ، فإنه يكون حالا ، ولا يكون مؤجلا ، أما إذا اختار دفع العبد فلأن العبد عين ، والعين لا يقبل الأجل ، وأما إذا اختار دفع الأرث فلأنه شرع فداء وبدلا عن العبد ، والبدل قائم مقام المبدل ، ثم تسليم المبدل يجب حالا ، فكذا تسليم البدل .

فرق بين الجنابة على آدمى وبين الجنابة على المال ، ففي جنابة العبد على آدمى خير المولى بين الدفع والفداء ، وفى جنابته على مال الغير خير بين الدفع والبيع ، ولا يقضى بشىء حتى يبرأ المجنى عليه ؛ لأن العبد فى حق الجنابة بمنزلة الحر ، والحر لو جنى جنابة ، فإنه يتأتى فى ذلك ، لا يقضى عليه بشىء ما لم يبرأ المجنى عليه ، وخطأ العبد وعمده فيما دون النفس سواء يوجب المال فى الحالين ؛ لأن القصاص لا يجرى بين العبد ، ولا بين العبيد والأحرار فيما دون النفس ، وإذا لم يجب القصاص فى العمد ، ولا وجه إلى الإهدار أو جبننا المال ، وإن جنى العبد على جماعة جنابة خطأ يخير المولى إن شاء دفع إليهم القيمة ؛ لأن الحقوق متعلقة بعين العبد ، ويقسم بينهم على قدر ما لكل واحد منهم من أرث الجنابة ، لأن المستحق إنما يستحق ذلك عوضاً عما فات عليه ، فيقسم على قدر المعوض ، وإن شاء أمسك العبد ، وغرم أرث الجنابات كما لو جنى على

واحد، وللمولى أن يختار الفداء لبعضهم، ويدفع إلى بعضهم، بخلاف ما إذا قتل العبد رجلاً واحداً وله وليان، فاختار المولى الفداء لأحدهما عن حصته ودفع إلى الآخر حيث لا يكون له ذلك؛ لأن المقتول إذا كان واحداً، فالحق واحد؛ لأن الحق يجب للمقتول أولاً، ثم يصير الوارث بطريق الخلافة، فلا يملك التفريق في الموجب، فأما إذا جنى على جماعة فالواجب حقوق متفرقة لا تعلق للبعض بالبعض فجاز أن يملك التفريق في الموجب.

ولو مات العبد بعد ما اختار المولى الفداء، فالفداء على المولى على حاله، بخلاف ما إذا قتل قبل اختيار الفداء.

١٩٢٤١- في "المنتقى": عبد قتل رجلاً خطأ، فقال المولى: أنا أدفع نصفه، وأفدى نصفه، فهذا اختيار منه للفداء، وعليه الدية كاملة، ولو أعتق المولى العبد الجاني مع علمه بالجناية، يصير مختاراً للفداء.

والأصل في جنس هذه المسائل: أن المولى متى أحدث في العبد تصرفاً، يعجزه عن الدفع، وهو عالم بالجناية يصير مختاراً، وإذا أحدث تصرفاً لا يعجزه عن الدفع لا يصير مختاراً، وإن كان عالماً بالجناية؛ لأن في الوجه الأول اختار إمساك العبد، فيتعين دفع الفداء، ولأن المخير بين شيئين في الإزالة إذا اختار إمساك أحدهما يلزمه إزالة الآخر عن ملكه كمن أعتق أحد عبديه ثم باع أحدهما فإنه يتعن الآخر للعتق، وفي الوجه الثاني ما اختار إمساك العبد لأن الدفع بعد ما باشر من التصرف ممكن فيبقى على الخيار.

وإذا ثبت هذا الأصل، فنقول: الإعتاق تصرف يعجزه عن الدفع؛ لأن إعتاقه نافذ؛ لأن تعلق حق الغير بالعبد لا يمنع نفاذ العتق فيه، وبعد نفاذ العتق لا يمكنه الدفع، فإذا أعتق مع العلم بالجناية، فقد اختار إمساك العبد، فيتعين الفداء، وكذلك لو دبره، أو كاتبه، أو باعه؛ لأن هذه التصرفات نافذة منه، ومع نفاذها لا يمكن الدفع، ولو عرضه على البيع مع العلم بالجناية لا يكون اختياراً للفداء؛ لأن الدفع بعد العرض ممكن.

ولو كانت أمة فوطئها، فهذا ليس باختيار للفداء عند علماءنا الثلاثة رحمهم الله. وقال زفر رحمه الله: يصير مختاراً للفداء؛ لأن بالوطء أعجز نفسه عن رد

بعضها، وهو ما صار مستوفياً منها بالوطء، فإن المستوفى بالوطء فى حكم العين، وبه ثبت اختيار الفداء، كما لو ضربها، وأوجب الضرب عيياً فى بدنها .

وعلماءنا الثلاثة قالوا: إن الوطء لا يعجزه عن رد الكل حقيقة؛ لأن بالوطء لا يفوت شىء من بدنها على الحقيقة، فلا يثبت به اختيار الفداء .

وكذلك إذا زوجها لا يكون اختياراً للفداء؛ لأن التزويج لا يعجزه عن الدفع، كما لا يعجزه عن البيع .

وفى المسألة طعن عيسى، ووجهه أن التزويج تعيب، وبالتعيب ثبت اختيار الفداء كما لو ضرب على بدنها وعيها، قلنا: التعيب تفويت جزء منها حقيقة، أما النكاح ليس تفويت جزء منها حقيقة، فإنها بعد النكاح قائمة برقبته، وإنما دخلها العيب حكماً، وبه لا يثبت اختيار الفداء، كما لو أقر عليها بالسرقة مع العلم بالجنائية، فإنه بسبب هذا الإقرار يدخلها نوع عيب، ولكن لما كان حكماً لم يثبت به اختيار الفداء، وإن أجرها، أو رهنها، ذكر فى ديات "الأصل": أنه لا يكون اختياراً للفداء على كل حال .

وذكر فى عتاق "الأصل": أنه يكون اختياراً للفداء، وإن استخدمها لا يكون اختياراً للفداء .

وذكر فى "المتقى" عن أبى يوسف رحمه الله: فى مسألة الوطء ثلاث روايات: قال: فى رواية الوطء لا يكون اختياراً للفداء وإن كانت الجارية بكرًا، وهذا رواية هشام .

وقال فى رواية أخرى وهى رواية الحسن ابن مالك: إن كان الوطء ينقصها، فهو اختياراً للفداء، وإن لم ينقصها، فليس باختيار، قال: وبه كان يقول أبو حنيفة رحمه الله، وعن أبى يوسف رحمه الله رواية أخرى: أن الوطء اختيار للفداء على كل حال .

١٩٢٤٢- فى "المتقى": لو وهب العبد الجانى مع العلم بالجنائية، أو من غير علم للمجنى عليه، فلا شىء على المولى، ولو باعه منه، فعليه الدية إن باعه مع العلم، وعليه القيمة إن باعه من غير علم، ولو كاتبه المولى مع العلم بالجنائية كتابة فاسدة، فهو بالخيار، ولو باعه بيعاً فاسداً مع العلم بالجنائية إن كان المشتري قبض العبد، فهو مختار،

وإن لم يقبضه، فليس بمختار.

وفيه أيضاً: عبد قتل حرّاً خطأ، ثم قتله رجل خطأ، فأخذ المولى قيمته من قاتله لم يكن مختاراً، ويضمن مثلها لولى قتيل العبد، ولو قتل العبد القاتل عبداً ودفع به، فأعتقه المولى، أو باعه كان مختاراً لدية الحر.

وفيه أيضاً: عبد قتل رجلاً خطأ، فباعه المولى وهو لا يعلم بالجنایة، ثم اشتراه، ثم باعه وهو يعلم بالجنایة، فعليه القيمة بالبيع الأول، وليس عليه فى البيع الثانى شىء، ولو كان رد عليه بعيب بقضاء، ثم باعه وهو يعلم، فقد اختاره، وعليه الدية.

وكذلك إن كاتبه وهو لا يعلم، ثم عجز، فباعه وهو لا يعلم، فعليه الدية، وكذلك لو وهبه، وهو لا يعلم، فقبضه الموهوب له، ثم رجع فى الهبة، ثم باعه وهو يعلم.

وفى "نوادير ابن سماعه": إذا أعتقه المولى بإذن ولى الجنایة، فهو اختيار للفداء^(١) وعليه الدية.

وفى الإملاء عن محمد رحمه الله: أن إجازة بيع العبد بعد جنایته فى يده ليس باختيار للفداء فى قول أبى يوسف رحمه الله، ومحمد رحمه الله، ويقال للمشتري: ادفعه أو افده.

وفيه^(٢): عبد بين رجلين جنى جنایة فشهد أحد المولين على صاحبه أنه أعتقه لم تجز شهادته عليه، وهو مانع حين شهد بهذا فعليه نصف الدية وعلى الآخر نصف القيمة.

وفيه: رجل ورث عبداً، أو اشتراه، فجنى جنایة، وزعم المولى بعد جنایته أن الذى باعه إياه كان أعتقه قبل البيع، أو إن أباه كان أعتقه، فإنه مانع مختار للفداء فى هذا القول.

وفيه: عبد جنى جنایة، واستهلك مال إنسان، فخاصم رب المال مولى العبد،

(١) هكذا فى ظ، وكان فى غيرها: "للعبد" مكان: "للفداء".

(٢) وفى ف "وفيه أيضاً".

وأقام البينة على العبد بذلك ، فأمر الحاكم ببيع العبد وهو لا يعلم بالجنایة ، فقد بطلت الجنایة ؛ لأن بيع الحاكم جائز .

١٩٢٤٣- قال محمد رحمه الله فى "الجامع الصغير" : إذا قال لعبد : إن قتلت فلاناً ، أو رميته ، أو شججته ، أو ضربته ، فأنت حر ، ففعل العبد ذلك ، فهو حر ، ويصير مختاراً للفداء عند علماءنا الثلاثة رحمهم الله ؛ لأنه أعتق العبد الجانى بعد الجنایة مع العلم بالجنایة ؛ لأنه علق العتق بجنایة العبد ، فيكون معتقاً له بعد الجنایة .

قال شيخ الإسلام خواهر زاده : هذا إذا علق العتق بضرب يوجب المال حتى يكون المولى مخيراً بين الدفع والفداء ، وأما إذا علق العتق بضرب يوجب القصاص بأن قال : إن ضربت فلاناً بالسيف ، فأنت حر ، فإنه لا يلزم المولى شىء لا القيمة ولا الفداء ؛ لأننا نجعل المولى معتقاً بعد الجنایة وهو عالم بها ، إلا أنه لو أعتقه بعد الجنایة وهو عالم بها والجنایة موجبة للقصاص لا يصير مختاراً للفداء ؛ لأنه لا فداء عليه متى كانت الجنایة موجبة للقصاص ، ولا يضمن قيمته لولى الجنایة ، لأنه لم يستهلك على الولى^(١) حقه ؛ لأن حق الولى فى الدم ، والدم باقٍ بعد العتق بخلاف ما لو علق العتق بضرب يوجب المال .

ثم إن محمداً رحمه الله ذكر فى "الجامع الصغير" الشجة ولم يذكر الموت ، وذكر فى ديات "الأصل" : الشجة والضرب والموت .

والفرق بينهما أن نفس الشجة والضرب جنایة ، فيكون مختاراً للفداء إن مات ، والأرث إن لم يميت .

وذكر فى "الجامع الصغير" الرمى ، ولم يذكر الرمى فى ديات "الأصل" ، ولولا رواية "الجامع الصغير" لكان لقائل أن يقول : بأن فى الرمى لا يصير مختاراً للفداء ؛ لأن الرمى بنفسه ليس بجنایة ؛ لأنه قد لا يصيبه ، فلم يضاف العتق إلى حالة الجنایة ، فينبغى أن لا يصير مختاراً للفداء ، ولكن الوجه فى ذلك أن المراد من الرمى المذكور فى الكتاب الرمى مع الإصابة ، فإن قال : رميت فلاناً ، وإنه يذكر فى الرمى مع الإصابة ، وفى الرمى بلا إصابة ، يقال : رمى إليه ، قلنا : والرمى مع الإصابة نفسه جنایة ، فكان مضيفاً للعتق

(١) هكذا فى ظ وف وم ، وكان فى الأصل "المولى" .

إلى ما هو جنائية .

١٩٢٤٤- وفى "المنتقى" : عبد قتل رجلاً عمداً، ثم أعتقه مولاه، ثم عفا أحد ولى الدم، فإن العبد يسعى فى نصف قيمته للذى لم يعف، ولا شىء على المولى، قتل العبد المرهون رجلاً خطأ، وقيمته مثل الدين، فللمرتهن أن يفدى، وليس له أن يدفع، فإن قال : لا أفدى كان للمرتهن أن يدفع بالجنائية، فإن أعتقه صار مختاراً للفداء .

١٩٢٤٥- وفيه أيضاً : عبد قتل قتيلاً، وقامت عليه البينة بذلك، ثم أقر المولى أنه قتل قتيلاً آخر، فإنه يؤمر بدفعه إليهما نصفين^(١)، ثم يضمّن نصف قيمته لصاحب البينة، ولو كان على العبد دين، ثم أقر المولى عليه بدين لم يلحقه، إذا كان الدين الأول محيط بقيمته^(٢)، ألا ترى أنه ليس للمولى أن يبيعه إذا كان عليه دين، وله أن يبيعه إذا كان عليه جنائية، فكذا يجوز إقراره عليه إذا كان عليه جنائية .

١٩٢٤٦- وفيه أيضاً : روى الحسن بن زياد عن أبى يوسف رحمه الله^(٣) : رجل أقر أن عبده قتل رجلاً خطأ، ثم أقر عليه أيضاً بقتل رجل آخر خطأ قال : يقال للمولى : ادفع عبدك إلى الأول خاصة، أو افده، فإن دفعه، فلا شىء للآخر، وإن فاده من الأول قيل له : ادفع إلى الآخر نصيبه، أو افده بنصف الدية .

وروى ابن مالك عنه : أنه يقال للمولى : ادفعه إليهما نصفين، فإن دفع غرم للأول نصف قيمته، وإن قال : أنا أفديه من الآخر دفع كله إلى الأول، وإن قال : أفديه من الأول دفع نصفه إلى الآخر، وهو قول زفر رحمه الله .

وذكر عباس بن وليد : أنه إذا دفع نصفه إلى الثانى، فهو مختار للفدية من الأول؛ لأنه ألتفه بإقراره .

١٩٢٤٧- وإذا جنى العبد جنائية، ثم أذن له المولى فى التجارة، فلحقه دين، ثم دفعه بالجنائية، فإن الدائن يبيعه، فإذا بيع لهم رجع أولياء الجنائية على المولى بقيمة العبد . وكذلك لو أقر عليه بدين، ثم دفعه بجنايته بيع فى دينه، ورجع أولياء الجنائية

(١) هكذا فى ظوم، وكان فى الأصل وف "نصفان" .

(٢) هكذا فى ظوف، وكان فى الأصل وم "برقبته" .

(٣) هكذا فى ظوم، وكان فى الأصل وف "أبى حنيفة" .

بقيته على المولى .

وذكر بعد هذا إذا وجب الدين على العبد ببينة، ثم أقر المولى عليه بجنائية خطأ بيع العبد فى الدين، ولم يلتفت إلى الجنائية .

١٩٢٤٨- وفيه أيضاً: رجل فى يديه عبد لا يدري أنه له أو لغيره، ولم يدع صاحب اليد أنه له ولم يسمع من العبد إقرار أنه عبد لصاحب اليد إلا أنه يقر بأنه عبد، فجنى هذا العبد جنائية، ويثبت ذلك بالبينة، أو بإقرار صاحب اليد، ثم إن صاحب اليد أقر أنه لرجل، وصدقه المقر له بذلك، وكذبه فى الجنائية، فإن كانت الجنائية تثبت بالبينة قيل للمقر له: ادفعه أو افده، وإن كان ثبوت الجنائية بإقرار الذى كان العبد فى يديه أخذ المقر له العبد، وبطلت الجنائية، ولم يكن على المقر من الجنائية شىء؛ لأنه إنما كان شاهداً، ولم يكن مدعيّاً رقبته، حتى يصير مستهلكاً بإقراره .

١٩٢٤٩- وفيه أيضاً: عبد قطع يد رجل خطأ، فبرأت فدفعه مولاه بالجنائية، ثم انتقض الجرح، فمات منه والعبد قائم، فهو لورثة المجنى عليه، ولو كان المولى فداء بخمسة آلاف درهم تمام دية اليد، ثم أعتق العبد، ثم انتقض الجرح، فمات منه، قال: يدفع قيمة عبده، وإن كانت مائة، ويأخذ بخمسة آلاف الفداء .

ذكر ابن سماعة فى " الرقيات " : أنه كتب إلى محمد بن الحسن فى عبد قتل رجلاً وللمقتول وليان أحدهما غائب، فخاصمه الحاضر منهما، كيف ينبغى للحاكم أن يجبر^(١) مولى العبد؟ فكتب محمد أن أى الورثة حضر، فهو خصم، وأيهما اختار وجب عليه ذلك فى جميعه .

١٩٢٥٠- وفى " النوازل " : عبد جنى، فأقر ابن السيد أنه حر، فمات السيد، فورثة هذا الابن، فهو حر، وعلى الابن الدية؛ لأنه صار مختاراً للفداء بقوله: هو حر .

١٩٢٥١- جارية جنت وهى حامل، فأعتق السيد ما فى بطنها وهو يعلم بالجنائية، صار مختاراً للفداء إن جاء الطالب قبل أن يضع، أو بعد ذلك، ولو لم يكن عالماً بالجنائية، فإن حضر الطالب قبل الوضع خير إن شاء، ضمن المولى قيمتها حاملاً، وإن شاء، أخذها حاملاً بجنائيتها وكانت له، والولد حر، وإن حضر بعد ما ولدت خير

(١) هكذا فى ظ و ف وم، وكان فى الأصل " أن يخير " .

المولى، إن شاء دفع وإن شاء فدى، ولا سبيل له على الولد^(١).

١٩٢٥٢- فى "العيون" وفى "نوادير أبى سليمان" عن أبى يوسف رحمه الله: إذا أعتق الرجل ما فى بطن جاريته، ثم جنت جناية، فدفعتها بالجناية جاز.

١٩٢٥٣- وفى "العيون" أيضاً: باع جارية، فولدت عند المشتري لأقل من ستة أشهر، فجنى الولد، ثم ادعاه البائع وهو يعلم بالجناية، فعليه الدية لأصحاب الجناية فى قول أبى يوسف رحمه الله.

وقال زفر رحمه الله: عليه القيمة دون الدية والفتوى على قول أبى يوسف؛ لأن دعوى النسب إعتاق، وبالإعتاق يلزمه الدية.

١٩٢٥٤- وفيه أيضاً: جارية بين رجلين ولدت، فجنى ولدها، فادعاه أحدهما، وهو عالم بالجناية، قال أبو يوسف رحمه الله: عليه الدية، وإن لم يعلم، فعليه القيمة.

وقال زفر رحمه الله: إذا علم، فعليه نصف الدية، وإذا لم يعلم، فعليه نصف القيمة، فوجه قول زفر رحمه الله: إن وقت الجناية كان بينهما، ولأبى يوسف رحمه الله: أن بدعوى النسب يملك على صاحبه نصيبه من وقت العلوق، فكأنه جنى، ولا حق فيه لغير المدعى.

١٩٢٥٥- وفيه أيضاً: إذا قال لعبديه: أحكما حر، ثم جنى أحدهما، ثم صرف المولى العتق إليه، قال أبو يوسف رحمه الله: إن علم بالجناية فعليه الدية، وقال زفر رحمه الله: عليه القيمة، لزفر رحمه الله: أن هذا ليس بإعتاق مبتدأ، ولأبى يوسف رحمه الله أن العتق فيه على التعيين ثبت فى الحال، فكأنه أعتقه الآن، وبه يفتى.

١٩٢٥٦- وفيه أيضاً: عبد جنى، فأوصى المولى بعتقه فى مرضه، فأعتقه الوارث أو الوصى، فإن كان الموصى عالم بالجناية، فعليه الدية قدر قيمته من جميع المال، والزيادة من الثلث، وإن لم يكن عالماً بها تجب القيمة فى مال الميت فى قول زفر رحمه الله، ولم يذكر أن الذى أعتق، هل يضمن؟ وماذا يضمن؟

وقال أبو يوسف رحمه الله: إن علم الذى أعتقه بالجناية، فعليه الدية، قال الفقيه

(١) وكان فى ظ "على الأول".

أبو الليث : ينبغى أن يكون هذا قول أبى يوسف الأول ، أما على قياس قوله الآخر : ينبغى أن يكون قوله مثل قول زفر رحمه الله كما قال فى آخر كتاب البيوع : لو اشترى عبداً ، فلم ينقد الثمن حتى وكل وكيلا بعته ، فأعتقه الوكيل لا ضمان على الوكيل فى قول أبى يوسف رحمه الله الآخر ، وهو قول محمد رحمه الله ، وهكذا روى عن أبى حنيفة .

هذا إذا كانت الوصية بالعتق بعد ما جنى ، أما إذا أوصى بالعتق قبل الجناية ، ثم جنى بعد موت الموصى ، فأعتقه الوصى وهو يعلم بالجناية ، فالولى ضامن للجناية ، وإن لم يعلم ، فهو ضامن للقيمة ، ولا يرجع على الورثة ؛ لأن الميت أوصى بعته قبل أن يجنى ، ذكر هذا التفريع فى جنایات " النوازل " : إذا وكل رجلاً أن يعتق عبده ، ثم إن العبد جنى جناية ، ثم أعتقه الوكيل ، وهو يعلم بالجناية ، فالولى ضامن لقيمة العبد إن لم يكن عالماً بالجناية .

١٩٢٥٧- فى " المنتقى " وفى " نوادر ابن سماعه " عن محمد رحمه الله : إذا أوصى بعته عبده ، ثم مات ، وقد كان أوصى إلى رجل ، فجنى العبد جناية بعد موت الموصى ، ثم أعتقه الوصى وهو يعلم بالجناية هو مختار الدية فى ماله ، وإن لم يعلم ، فعليه القيمة ، فى " المنتقى " فى باب ما يكون مختاراً عن أبى يوسف رحمه الله : أن الوصى لا يصير مختاراً ، ويسعى العبد فى الأقل لولى الجناية ، وذكر فى آخر الباب مسألة الوصى والوارث قول أبى يوسف رحمه الله ، وذكر أنه إذا أعتق العبد مع العلم بالجناية ، فعليه الدية ، وإن أعتقه وهو لا يعلم بالجناية ، فالقيمة دين فى مال الميت .

١٩٢٥٨- وفى " العيون " : إذا أوصى بعته عبده ، فجنى العبد جناية أَرَشَهَا درهم ، فقال الورثة بعد موت الموصى : لانفديه ، فلهم ذلك ؛ لأن حكم جنایات العبد تخيير المالك من غير فصل بين جناية وجناية ، وإذا ثبت الخيار ، ففائدته أن لا يلزمهم الفداء ، فإذا تركوا الفداء ، يدفع بالجناية ، وتبطل الوصية ، إلا أن يؤدى العبد من غير ما اكتسبه ، بأن يقول لإنسان : أودعنى درهماً ، ففعل فيصح ، ويصير ذلك الدرهم ديناً على العبد يطالب إذا أعتق - والله أعلم بالصواب - .

الفصل العاشر

فى جناية المكاتب والمدبر وأم الولد، والجناية عليهم، وما يتصل بذلك
وفيه بعض جنايات العبيد والعفو فى ذلك

١٩٢٥٩ - فنبداً بجناية المدبر، فنقول: المدبر إذا جنى جناية موجبة للمال، فعلى المولى الأقل من قيمته ومن الأرض، به ورد الأثر عن أبى عبيدة بن الجراح ومعاذ بن جبل؛ ولأن المدبر ملك المولى رقبته ومنفعة، فيكون موجب جنايته على المولى، كما فى القن إلا أن فى القن يخاطب المولى بالدفع أو بالفداء، والمدبر ليس بمحل للدفع، فلا يخاطب بالدفع، ولكن يلزمه الأقل من قيمته ومن الأرض والمعنى فى ذلك أن موجب جناية المملوك رقبة إلا أن المولى بالتدبير السابق صار مانعاً دفع الرقبة بالجناية على وجه لم يصير مختاراً للفداء، فإنه ما كان يعلم وقت التدبير أن العبد يجنى فى المستقبل أو لا يجنى، ولو منع دفعه بالتدبير بعد الجناية على وجه لم يصير مختاراً للفداء بأن لم يعلم بالجناية صار ضامناً، فكذلك هذا.

ثم يضمن الأقل من قيمته ومن الأرض أما إذا كان الأرض أقل فلأن المدبر لا يكون أعلى حالاً من الحر، والحر لو كان هو الجانى لا يجب عليه أكثر من أرض الجناية، فههنا أولى.

وإن كانت القيمة أقل، فلأنه لو كان بمحل الدفع كان يتخلص المولى بدفع العبد، وإن كان الأرض أكثر من قيمة العبد، فإذا لم يكن بمحل الدفع، ينبغى أن يتخلص بقيمة الرقبة، وإن كان الأرض أكثر من القيمة اعتباراً للبدل بالبدل، وتعتبر قيمة المدبر يوم الجناية لا يوم التدبير؛ لأن وجوب القيمة على المولى باعتبار أنه صار مانعاً رقبة العبد بالتدبير السابق على وجه لم يصير مختاراً للفداء، وإنما يصير مانعاً بالتدبير السابق إياه يوم الجناية لا يوم التدبير، إذ لاحق لولى الجناية يوم التدبير، فصار بالتدبير السابق مانعاً إياها يوم الجناية، فتعتبر القيمة يوم الجناية لهذا.

فإن اختلف ولى الجنایة مع المولى فى قيمته بعد زمان ، فقال ولى الجنایة : كانت قيمته يوم جنى درهم ، وقال المولى : كانت خمسمائة درهم ، ويوم الخصومة قيمته ألف درهم كان أبو يوسف رحمه الله أولاً يقول : يتحالفان ، وأيهما نكل عن اليمين لزمه دعوى صاحبه ، وإن حلفا جميعاً ، كان على المولى قيمته يوم يختصمان ، ثم رجع وقال : القول قول المولى مع يمينه ، وهو قول محمد رحمه الله . والاختلاف فى التحالف بناء على اختلافهم فى إمكان تحكيم القيمة للحال ، فوجه قول أبى يوسف رحمه الله الأول : إنهما اختلفا فى قيمة مال قائم يوم الخصومة وجب أن لا يلتفت إلى قول واحد منهما ، وينظر إلى قيمة ما وقع النزاع فيه للحال ؛ لأنه أمكن للقاضى معرفة ما وقع النزاع فيه لا من جهتهما ، إذ الحال يدل على الماضى ، وله أمثلة كثيرة فى الكتب .

وجه قوله الآخر وهو قول محمد رحمه الله : إن جنایة المدبر توجب قيمته فى ذمة المولى يوم الجنایة ، ولا يتعلق برقبة المدبر بحال من الأحوال ؛ لأنه ما يؤمر بالدفع ، وإذا لم يتعلق برقبته بحال سقط اعتبار العين ، وصار العين كالهالك معنى ، ولو كان هالكاً حقيقة ، واختلفا فى قيمة الهالك كان القول قول من ينكر الزيادة ، كذا هذا ، ولا يمكن تحكيم القيمة للحال ، لأن الحال لا يشهد بواحد منهما ؛ لأن موضوع المسألة أن المولى يدعى قيمته يوم الجنایة خمسمائة ، وولى الجنایة يدعى أن قيمته يوم الجنایة كانت ألفى درهم ، وقيمته للحال ألف درهم ، فقد اتفقا على تغيير القيمة ، فلم يكن الحال شاهد الواحد منهما ، وإنما يحكم الحال إذا كان الحال شاهداً لواحد منهما - والله أعلم - .

١٩٢٦٠ - قال محمد رحمه الله فى "الجامع" : مدبر قتل رجلاً خطأ فدفع المولى قيمته إلى ولى القتل ، ثم قتل المدبر رجلاً آخر خطأ ، فاعلم أن جنایات المدبر وإن كثرت لا يوجب على المولى إلا قيمة واحدة [هذا]^(١) ؛ لأنه لم يمنع إلا رقبة واحدة ، فلا يجب عليه إلا قيمة واحدة بعد ، هذا على قول أبى يوسف رحمه الله ومحمد رحمه الله الدفع إلى الأول بقضاء أو بغير قضاء ، سواء فى أنه لا سبيل لولى الجنایة الثانية على المولى ، ولكن الثانى يتبع الأول ، ويشاركه فى تلك القيمة ؛ لأن المولى حين دفع القيمة إلى الأول كانت القيمة كلها حق الأول ، إذ لم يجز المدبر على غيره ، وإذا كانت القيمة كلها

(١) ما بين المعقوفتين ساقط من "ظ" و"ف" و"م" .

حق الأول عند الدفع إليه كان الدفع بقضاء، أو بغير قضاء سواء كما في تسليم الدار المشفوعة إلى أحد الشفعاء عند حضرته، وغيبة الباقي، يستوى فيه القضاء وغير القضاء، والدليل عليه إذا كان مكان المدبر قنًا ودفع المولى العبد إلى ولي الجناية الأولى لا يكون لولي الجناية الثانية على المولى سبيل، ولكن يتبع ولي الجناية الأولى، ويأخذ منه نصف العبد بخلاف ما إذا لم يدفع المولى قيمة المدبر إلى ولي الجناية الأولى، حتى جنى المدبر جناية أخرى، ثم دفع المولى القيمة إلى ولي الجناية الأولى، فإن لولي الجناية الثانية أن يأخذ المولى بنصف القيمة؛ لأن هناك القيمة صارت مشتركة بين الأول والثاني، فحال ما دفع القيمة إلى الأولى كلها ليس بحق للأول، أما هنا بخلافه.

وأما على قول أبي حنيفة رحمه الله: إن كان الدفع إلى الأول بقضاء، فكذا الجواب، وإن كان بغير قضاء، فللثاني الخيار إن شاء اتبع الأول بنصف القيمة المدفوعة، وإن شاء أخذ ذلك من المولى، ثم المولى يأخذ من الأول ذلك القدر، وفرق أبو حنيفة رحمه الله بين المدبر والقن.

والفرق أن في القن إنما كان كذلك لأن المولى دفع إلى الأول عين حقه، فإن حقه كان متعلقًا بعين العبد حتى لو هلك العبد بطل حقه، وإذا صار المولى دافعًا إلى الأول عين حقه، صار الدفع بقضاء أو بغير قضاء سواء، هذا كالرد بخيار الرؤية وبخيار الشرط اعتبر فسحا في حق الراد والمردود عليه، وفي حق غيرهما؛ لأن الرد عين حقه، فصار الرد بقضاء أو بغير قضاء سواء.

فأما هنا لم يدفع إلى الأول عين حقه، فإن عين حقه قيمته أوجبت دينًا في ذمة المولى، وما أدى المولى إلى ولي الجناية عين، والعين مع الدين غيران من حيث الحقيقة، وإذا كانا غيرين صار المولى بالدفع إلى الأول ناقلًا حقه من الدين إلى العين، فإن كان هذا النقل بقضاء قاض نفذ في حق الناس كافة.

وإن كان بغير قضاء قاضي صحّ هذا النقل في حق ما بينها، ولم يصحّ في حق الثاني، فبقى حق الثاني في ذمة المولى، فإن شاء اتبع المولى، ولم يجز ما صنعه المولى، وإن شاء أجازاه واتبع ولي الجناية الأولى كما في الدين المشترك، إذا دفع أحدهما إلى

صاحبه^(١) إن شاء لم يجز ذلك ، فاتبع الغريم ، وإن شاء أجاز وشاركه ، فكذا هذا .

ونظير هذا ما قالوا فى الرد بالعيب بعد القبض بغير قضاء اعتبر فسخاً فى حق ما بين الراد والمردود عليه بيعاً جديداً فى حق الثالث ؛ لأن الرد ليس عين حق المشتري ، بل حقه فى الجزء الفائت حتى إذا زال العيب بطل حقه فى الرد ، إلا أن البائع لما عجز عن تسليم الجزء الفائت أراد المشتري أن ينقل حقه من ذلك الجزء إلى بدله بالفسخ حتى يتوفر عليه رأس ماله إن لم يتوفر عليه المبيع ، فإن كان الرد بغير قضاء صح هذا النقل فى حقهما ، واعتبر فسخاً فى حق ما بينهما كما قصدا ، وفى حق غيرهما اعتبر بيعاً جديداً ؛ لأنه لا ولاية لهما على غيرهما ، وإن كان بقضاء قاضي نفذ على الناس كافة ؛ لأن للقاضي ولاية على الناس كافة كذا هذا - والله أعلم - .

١٩٢٦١ - وإذا قتل المدبر قتيلاً خطأ ، وقيمه ألف درهم ، فازداد قيمته ، فصار يساوى ألفى درهم ، ثم قتل آخر خطأ ، فانتقصت قيمته ، فصار يساوى خمسمائة ، ثم قتل قتيلاً آخر ، فإنه يقضى على المولى بألفى درهم ، وهذا لأن المولى لا يضمن بسبب جنايات المدبر إلا قيمة واحدة ، وقيمه يوم الجناية الثانية أكثر ، فيضمن ألفى درهم ، وإذا ضمن المولى ألفى درهم ، فولى الجناية الثانية يأخذ من ذلك ألفاً ؛ لأنه لا حق فى الألف الزائد لا للأول ولا للثالث ؛ لأن قيمة المدبر تعتبر يوم الجناية ، والألف الزائد لم يكن وقت الجناية الأولى والثالثة ، وللثانى فيه حق ؛ لأنها كانت موجودة وقت الجناية على الثانى ، فتكون للثانى خاصة ، بقى ألف درهم ، فخمسمائة منها اجتمع فيه حق الأول والثانى ؛ لأن قيمته وقت الجناية على الأول والثانى كانت ألفاً ، وحق الأول عشرة آلاف ، فإنه لم يصل إليه شىء ، وحق الثانى فى تسعة آلاف ؛ لأنه وصل إليه ألف ، فيقسم الخمسة مائة بينهما على تسعة عشر سهماً تسعة أسهم للثانى وعشرة للأول ، بقى خمسمائة أخرى اجتمع فيها حق الكل ، فيقسم بينهم على قدر حقهم ، فيصير للثالث فيها بعشرة آلاف ، والثانى بعشرة آلاف إلا ما أخذ مرتين ، والأول بعشرة آلاف إلا ما أخذ مرة .

١٩٢٦٢ - وإذا قتل المدبر قتيلاً خطأ وقيمه ألف ، فدفعها المولى بقضاء قاضي ، ثم

(١) وكان فى ظ " حصته " .

انتقصت قيمته ، فصار يساوى خمسمائة درهم ، ثم قتل آخر ، فإن حق الأول فى الألف ؛ لأنه حين جنى عليه كان قيمته ألفاً ، وحق الثانى فى خمسمائة ؛ لأنه حين جنى عليه كانت قيمته خمسمائة ، فخمسمائة من الألف لا حق للآخر فيه ، فيكون سالماً للأول ، بقى خمسمائة اجتمع فى هذه الخمسمائة حقهما ، فيقسم بينهما على قدر حقهما ، فيضرب الأول فيها بعشرة آلاف إلا خمسمائة ، والثانى بعشرة آلاف درهم - والله أعلم - .

١٩٢٦٣- وإذا قتل المدير قتيلاً خطأ ، واستهلك مالا ، فإن على المولى قيمته لأولياء القتل ، وعلى المدير أن يسعى فيما استهلك من المال ؛ لأن ضمان الجناية يجب فى ذمة المولى لا على المدير ، وضمن استهلاك المال يجب فى ذمة المدير ، فإذا دفع المولى قيمته إلى أولياء الجناية ، فإنه لا يشاركهم فيها غرماء المدير ؛ لأنهما حقان وجبا بسببين مختلفين فى ذمتين مختلفتين ، ولو وجبا بسببين فى ذمة واحدة فما يأخذ أحدهما لا يكون للآخر فى ذلك شركة ، فإذا وجبا بسببين فى ذمتين أولى .

١٩٢٦٤- وأما المكاتب إذا جنى جناية موجبة للمال : فموجبها عليه دون سيده بلا خلاف بين علماءنا ، وإنما الخلاف فى أن الواجب بنفس الجناية ما ذا ؟ فعلى قول أبى حنيفة ومحمد وأبى يوسف رحمهم الله الآخر : الواجب هو الدفع ، وإنما يتحول الواجب إلى المال بإحدى معانٍ ثلاثة : إما قضاء القاضى بالمال ، وإما الاصطلاح على المال ، وإما وقوع اليأس عن الدفع بالعتق ، أو بالموت عن وفاء ، وعلى قول أبى يوسف رحمه الله الأول وهو قول زفر رحمه الله : الواجب بنفس الجناية هو المال .

وثمره الخلاف : تظهر فى فصول من جملتها ما ذكر فى ” الجامع الصغير “ : أن المكاتب إذا جنى ، وعجز ، ورد فى الرق ، فإن كان قبل قضاء القاضى بالمال ، وقبل اصطلاحهما على المال ، فإنه يخاطب المولى بالدفع أو بالفداء ، وإن كان بعد قضاء القاضى ، أو بعد الاصطلاح على المال يباع فيه ، ولا يدفع عند أبى حنيفة رحمه الله ومحمد وأبى يوسف الآخر .

وفى قوله الأول وهو قول زفر رحمه الله : يباع فى الحالين ، فوجه قول أبى يوسف رحمه الله وهو قول زفر رحمه الله : إن هذه جناية مملوك تعذر دفعه ، فوجب أن يجب

موجبها ديناً فى الذمة بنفس الجناية من غير قضاء قياساً على المدبر .

وأما وجه قوله الآخر وهو قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله : وهو أن المكاتب عبد ما بقى عليه درهم ، وجناية العبد تتعلق برقبة العبد ما لم يقع اليأس عن الدفع كما فى المدبر ، ولم يقع اليأس عن دفع المكاتب بنفس الكتابة بل حاله موقوف بين أن يعجز ، فيردّ فى الرق ، فيدفع وبين أن يموت عن وفاء ، أو يعتق بالأداء فلا يدفع ، وكذا إذا رضى بالدفع ، يدفع ، ويفسخ الكتابة ، وإذا كان دفع المكاتب موهوماً غير مأیوس عنه احتيج إلى قرينة أخرى لتصير الجناية مالا ، وذلك إما قضاء القاضى أو الإصلاح أو اليأس عن الدفع .

هذا كالعبد المغضوب إذا أبق لا تصير القيمة ديناً فى ذمة الغاصب بنفس الإباق من غير قضاء ولا رضا ، وإن عجز عن الرد ؛ لأن عوده عن الإباق موهوم غير مأیوس ، فاحتيج إلى قضاء أو رضا حتى يتحول حق المغضوب عنه من العين إلى الذمة حتى لو عاد العبد من الإباق قبل القضاء كان المغضوب منه أحق به ، وبعد القضاء يتحول من العين إلى القيمة ، فكذا هنا .

وكما قالوا : فيمن اشترى عبداً شراء فاسداً وقبضه ، ثم إن المشتري كاتبه ، أو باعه من غيره ، فإن قيمة المشتري لا تصير ديناً على المشتري إلا بالقضاء ، حتى لو رد العبد عليه بالعيب أو عجز ، ورد رقيقاً كان للبائع أخذ العبد ، وإن صار المشتري عاجزاً عن رد ما اشترى للحال ؛ لأن العود إلى المشتري حتى يرده على البائع موهوم ، ولو قضى القاضى عليه بالقيمة صارت القيمة ديناً عليه ، ويحول حق البائع من العبد إلى القيمة ، حتى إذا أعاد إلى المشتري ، لا يكون للبائع على العبد سبيل ، فكذا هذا بخلاف المدبر ؛ لأنه بالتدبير وقع اليأس عن دفعه ، فكان بمنزلة ما لو مات المغضوب فى يد الغاصب ، وبالموت تصير القيمة ديناً فى ذمة الغاصب ، فكذا هنا .

ثم جناية المكاتب إذا صارت مالا تتعلق بكسبه وذلك الأقل من قيمته ومن الأرض ، أما تعلقها بكسبه ؛ لأن المكاتب مملوك رقبة ، حرّيداً ، ولهذا صار أحق بمنافعه وأكسابه ، فمن حيث إنه مملوك رقبة يجب أن يكون موجب جنايته على المولى كما قبل الكتابة ، ومن حيث إنه حرّيداً ، يجب أن لا يكون موجب جنايته على المولى ، ويكون

عليه كأبعد العتق إلا أن العمل بالأمرين ممكن، بأن نجعل جنایته في كسبه حتى يكون^(١) موجب الجنایة عليهما؛ لأن للمكاتب حقاً في كسبه وللمولى كذلك، فمتى أوجبنا في كسبه، فقد أوجبنا على المولى من وجه، وعلى المكاتب من وجه، فيكون عملاً بالأمرين بقدر الإمكان، وهذا بخلاف المدير إذا جنى جنایة كان موجب جنایته على المولى، وذلك لأن المدير مملوك للمولى رقبة ومنفعة، فإنه لم يصير بالتدبير حرّاً يداً، وإذا بقى ملوكاً للمولى رقبة، ومنفعة كان موجب جنایته على المولى من كل وجه كما قبل التدبير، فأما المكاتب بخلافه على ما مر.

فإن قيل: إذا صار المكاتب بالكتابة حرّاً يداً يجب أن يكون موجب جنایته على عاقلة مولاه.

قلنا: المكاتب إن صار حرّاً يداً بقى مملوكاً رقبة، فمن حيث إنه مملوك رقبة لا يجب موجب جنایته على عاقلة مولاه كما قبل الكتابة، ومن حيث إنه حرّاً يداً، يجب أن يكون موجب جنایته على عاقلة مولاه كما بعد العتق، وموجب جنایته قبل الكتابة لم يكن واجباً على عاقلة مولاه، وقع الشك في حق الوجوب عليهم، فلا يجب عليهم بالشك، ولم نجد ما لا دائراً بين عاقلة المولى والمكاتب حتى نجعل موجب الجنایة فيه، فيكون إيجاباً عليهما بقدر الإمكان.

فأما فيما بين المولى والمكاتب وجدنا ما لا دائراً بينهما، وهو كسب المكاتب، فأوجبنا موجب الجنایة فيه، حتى يكون إيجاباً على المولى من وجه من حيث إنه بقى مملوكاً رقبة، وإيجاباً على العبد من حيث إنه صار حرّاً يداً عملاً بالأمرين بقدر الإمكان.

١٩٢٦٥- وإن جنى المكاتب جنایة أخرى خطأ، فإن كان القاضى قضى عليه بالأقل من قيمته، ومن الأرش الأول قبل جنایته على الثانى، فإن عليه للثانى مثل ما للأول، وذلك أن يسعى له فى الأقل من قيمته، ومن أرش الجنایة أيضاً.

وإن كان القاضى لم يقض عليه للأول، حتى جنى الجنایة الأخرى، فإن عليه أن يسعى لهما فى الأقل من قيمته، ومن أرش الجنایتين، وتكون تلك القيمة بينهما، وهذا قول أبى حنيفة رحمه الله ومحمد وهو قول أبى يوسف الآخر بناء على ما قلنا: إن جنایة

(١) وكان فى الأصل: "يصير".

المكاتب لاتصير مالا إلا بأحد معانٍ ثلاث .

فإذا قضى القاضى عليه بالمال للأول قبل الجناية الثانية ، فقد تحول الحق من رقبته إلى المال ، وصار ذلك القدر من المال ديناً فى ذمته ، فهذا مكاتب عليه دين ، وقد جنى ، فتلزمه السعاية فى الأقل من قيمته ومن الأرش ، فأما إذا لم يقض القاضى للأول بالمال بقيت جنايته متعلقة برقبته ، فإذا جنى جناية أخرى تعلقت الجناية الثانية برقبته أيضاً ؛ لأنه موهوم الدفع على ما مرّ ، فتجب السعاية فى قيمة واحدة ؛ لأن القيمة بدل من الرقبة ، ولو كانت الرقبة بمحل الدفع كان يقع الخلاص عن الكل بدفع واحد ، فكذلك يقع الخلاص عن الكل بقيمة واحدة إذا لم يكن بمحل الدفع -والله أعلم- .

١٩٢٦٦- وإذا قتل المكاتب قتيلاً خطأ وقيّمته ألف درهم ، فلم يقض عليه بشيء حتى قتل قتيلاً آخر خطأ وقيّمته يومئذ ألفان ، ثم رفع إلى القاضى ، فإنه يقضى على المكاتب أن يسعى فى ألفى درهم آلاف ، الزائد من الألفين لولى القتل الثانى ، والألف الموجودة وقت الجناية الأولى يكون بين ولى القتل الأول والثانى على قدر حقهما ، أما يقضى القاضى على المكاتب بألفى درهم ؛ لأنه جنى الجناية الثانية وقيّمته ألفاً درهم ، فإذا قضى بألفى درهم ، فالألف الزائد يكون لولى القتل الثانى خاصة ، وذلك لأن قيمة المكاتب إنما يعتبر يوم الجناية ؛ لأن سبب وجوب الضمان على المكاتب الجناية ، فتعتبر قيمته يوم الجناية وقيمة المكاتب يوم الجناية الثانية ألفان ، ووقت الجناية الأولى ألف فيتعلق حق الناس بالألف الزائدة ؛ لأنها كانت موجودة وقت الجناية على الثانى فلم يتعلق بها حق الأول ، لأنها لم تكن موجودة وقت الجناية على الأول فكانت الألف الزائدة للثانى خاصة ، والألف القائمة وقت الجناية الأولى تكون بين الأول والثانى ؛ لأنها موجودة وقت الجنائيتين ، فتكون الألف القائمة وقت الجناية الأولى مقسومة بين مولى القتل الأول والثانى على قدر حقهما ، وحق ولى القتل الثانى فى تسعة آلاف ؛ لأنه وصل إليه ألف ، وحق الأول فى عشرة آلاف ، فتقسم الألف القائمة بينهما على تسعة عشر سهماً : عشرة أسهم للأول ، وتسعة أسهم للثانى ، فما خرج من السعاية ، يكون نصفه للثانى خاصة ، والنصف الأخير بين الأول والثانى على قدر حقهما على تسعة عشر سهماً .

١٩٢٦٧- وإذا قتل المكاتب قتيلين خطأ، فقصى عليه بنصف القيمة لأحدهما، والآخر غائب، ثم قتل آخرًا، ثم عجز، وردّ فى الرق، فإنه يخير المولى بين الدفع والفداء؛ لأن المكاتب بعد العجز بمنزلة عبد مأذون فيما مضى، فهذا عبد فى عنقه جناية، فيخير المولى بين الدفع والفداء، فإن اختار الدفع، ذكر أنه يدفع النصف إلى ولى القتيلى الثالث، ثم يباع هذا النصف بنصف القيمة التى قضى لولى القتيلى الأول، والنصف الآخر قال: يقسم بين ولى القتيلى الثالث والأوسط على قدر حقهما، وذلك لأن المكاتب لما قتل قتيلا خطأ، فقد تعلق بعنقه دم حرين، فصار النصف من رقبته مشغولا بجناية الأول، والنصف مشغولا بجناية الثانى، فإذا جاء الأول يطلب حقه يقضى له القاضى بنصف القيمة؛ لأن المشغول بحقه كان نصف الرقبة، وإذا قضى له بنصف القيمة فقد فرغ نصف الرقبة عن الجناية؛ لأنه صار حق الأول دينًا فى ذمته وبقي نصف الرقبة مشغولا بحق الثانى، فلما قتل الثالث قتل ونصف رقبته فارغ عن الجناية لكن فيه دين، والنصف الآخر من الرقبة مشغولا بجناية الثانى إلا أن كون العبد مديونًا ومستحقًا بالجناية لا يمنع تعلق حق ولى الجناية الثالثة برقبته، فصار النصف الفارغ مشغولا بجناية الثالث، والنصف المشغول صار مشغولا بحقه وبحق الثانى، فقد اجتمع فى النصف الفارغ دين وجناية، والدين سابق على الجناية، وفى مثل هذا يدفع العبد أولاً بالجناية، ثم يباع بعد ذلك بالدين، فيدفع النصف الفارغ إلى الثالث أولاً، ثم يباع بدين الأول، وفى النصف الثانى اجتمع حق الثانى والثالث، وقد اختار المولى الدفع، فيكون هذا النصف بينهما على قدر حقهما، وحق الثانى فى عشرة آلاف؛ لأنه لم يصل إليه شىء من العبد، وحق الثالث فى خمسة آلاف؛ لأنه وصل إليه نصف العبد، فيكون النصف المشغول بينهما على قدر حقيهما أثلاثًا: ثلث النصف للثانى، والثلث الآخر للثالث.

وهذا إذا اختار الدفع، وإن اختار الفداء فدى للثانى بعشرة آلاف، وللثالث كذلك، وظهر العبد عن حق الثانى والثالث، وبقي للأول نصف قيمة العبد دينًا على العبد، فيقال للمولى: إما أن تقضى دينًا، أو يباع العبد عليك، وإذا لم يقض المولى^(١) دين العبد حتى وجب البيع، قالوا: يباع جميع العبد بدينه لا النصف؛ لأن حق الأول

(١) وكان فى ظ "لم يقضوا للمولى دين".

كان ثابتاً فى جميع العبد ؛ لأنه جنى على وليه ، وليس فى عتقه جنایة إلا أنه نقص حق الأول للمزاحمة ، واحتيج إلى البيع ، وجب بيع الكل بدينه ، بخلاف ما لو قضى للثانى بنصف القيمة ، وفدى للآخرين ، فإنه إذا لم يقض دين العبد حتى وجب بيعه بالدين ، فإنه يباع بنصف العبد ولا يباع الكل ؛ لأن حق الثانى ما وجب إلا فى النصف ؛ لأنه حين جنى على وليه كان فى عتقه دم حر ، فما ثبت حقه إلا فى النصف ، فإذا كان حقه فى نصف العبد لا يباع الكل .

١٩٢٦٨- وإذا جنى المكاتب جنایة ، ثم مات فهذا على وجهين : إما أن يموت عاجزاً بأن مات ، وترك مائة درهم ، وكتابه أكثر من ذلك ، أو مات عن وفاء بأن مات ، وترك من الكسب ما يفى بالجنایة والمكاتبه ، وكل وجه من ذلك على وجهين : إما أن مات بعد أن قضى القاضى عليه بالجنایة ، أو مات قبل أن يقضى عليه بالجنایة ، وإن مات عاجزاً قبل القضاء عليه بالجنایة ، فإن الجنایة تبطل ، وتكون المائة التى تركها للمولى ، أما تبطل الجنایة : لأنه لما مات عاجزاً انفسخت الكتابة فى آخر جزء من أجزاء حياته ، وصار كعبد مأذون فيما مضى ، فهذا عبد مات ، وفى عتقه جنایة ، وترك كسباً ، فتبطل الجنایة ؛ لأن الجنایة لا تتعلق بكسب الجانى ، ولا بولده ؛ لما بين بعد هذا - إن شاء الله تعالى - وإذا بطلت الجنایة سلم الكسب للمولى ، وإن مات بعد ما قضى بالجنایة ، فما ترك ، يقضى من ذلك الجنایة ، وذلك لأنه لما قضى القاضى عليه بالجنایة ، صارت الجنایة ديناً عليه ، وإذا مات عاجزاً ، فهذا عبد مات وعليه دين ، وترك كسباً ، فيقضى الدين من كسبه ؛ لأن الدين يسرى إلى كسب العبد ، والجنایة لا تسرى إليه .

هذا إذا مات عاجزاً ، وإن مات عن وفاء قبل قضاء القاضى عليه بالجنایة ، فإنه لا تبطل الجنایة ؛ لأن المكاتب متى مات عن وفاء ، فإنه لا تنفسخ الكتابة عنده ، فهذا مكاتب مات ، وفى عتقه جنایة ، والمكاتب متى مات وفى عتقه جنایة ، فإن الجنایة لا تبطل ؛ لأنه اعتبر حياً حكماً ، ولهذا عتق بالأداء ، ولكن ينقلب ديناً لوقوع اليأس عن دفعه بجنایته بخلاف ما لو مات عاجزاً ؛ لأنه بالموت عاجزاً تنفسخ الكتابة فى آخر جزء من أجزاء حياته ، ويصير كعبد مأذون فيما مضى ، فهذا عبد مات ، وفى عتقه جنایة ، فتبطل الجنایة سواء ترك كسباً ، أو لم يترك .

وإذا لم تبطل الجنابة بموته عن وفاء، فقد اجتمع في كسبه جنابة ويدل كتابة، فيقضى منه الجنابة أولاً، ثم الكتابة، ثم إن فضل شيء يكون لورثة المكاتب، وإنما وجب تقديم الجنابة أولاً، ثم الكتابة؛ لأن الأصل أن الحقوق متى اجتمعت في كسب الميت حقيقة وحكمًا، وبعضها أقوى من بعض، فإنه يبدأ بالأقوى فالأقوى، سواء كانت التركة تفي بالكل أو لا تفي، فإن كانت لا تفي فظاهر؛ لأن إذا كان لا تفي بالكل لا بد من إيفاء بعض الحقوق، وإبطال البعض، وكان إبطال الأضعف أولى من إبطال الأقوى، وإذا كان تفي بالحقوق كلها، فكذلك يبدأ بالأقوى فالأقوى؛ لأن البداية بالأضعف ربما تصير سببًا لإبطال الأقوى عسى، فإنه ربما يهلك الباقي من التركة قبل إيفاء الأقوى، فيبطل الأقوى عسى، وكما لا تجوز البداية بالأضعف، إذا كان فيه إبطال الأقوى، لا تجوز البداية إذا كان فيه إبطال الأقوى عسى، فلهذا وجبت البداية بالأقوى فالأقوى، وكان القياس في الحى إذا وجب عليه حقوق أن يبدأ بالأقوى فالأقوى، حتى إذا وقع الخلل بموته يقع الخلل في الأضعف، لا في الأقوى، إلا أننا تركنا القياس في الحى بالشرع، فإن الشرع جوز التبرع من الحى، وإن كان عليه ديون الدنيا، فرد الميت إلى ما يقتضيه القياس.

وإذا وجبت البداية بالأقوى فالأقوى، متى اجتمعت الحقوق في كسب الميت، نقول: الجنابة أقوى من بدل الكتابة لوجهين: أحدهما: وهو أن الجنابة مما تصير دينًا بموت المكاتب عن وفاء؛ لأنه بموته عن وفاء تقع اليأس عن دفعه، فكان بمنزلة ما لو وقع اليأس عن دفعه حال حياته بأن أدى، فعتق، ولو أدى، فعتق، صارت الجنابة دينًا، فكذلك إذا مات عن وفاء؛ لأن الدين أقوى من بدل الكتابة، ألا ترى أن المكاتب يحبس به لو كان حيًا، ويجوز أخذ الكفيل به بخلاف بدل الكتابة.

١٩٢٦٩- والثاني: أن بدل الكتابة يسقط بالعجز، والجنابة لا تسقط بالعجز، فكانت الجنابة أقوى من الكتابة، فوجبت البداية بالجنابة، فيبدأ بالجنابة، ثم بالمكاتب، فإن فضل شيء يكون لورثة المكاتب.

١٩٢٧٠- هذا إذا مات عن وفاء قبل قضاء القاضى عليه بالجنابة، فأما إذا مات عن وفاء بعد قضاء القاضى عليه بالجنابة، يبدأ بالجنابة، ثم بالكتابة؛ لأنه كان يبدأ

بالجنایة ، وإن لم يقض بالجنایة ، فبعد القضاء بها أولى .

وهذا إذا لم يكن على المكاتب دين سوى الجنایة ، فأما إذا كان على المكاتب دين سوى الجنایة وقد ترك ما يفى بالديون والجنایة وبذل الكتابة ، فهذا على وجهين أيضاً : إما إن مات بعد قضاء القاضى عليه بالجنایة ، فإن ولى الجنایة يكون أسوة سائر الغرماء ، ولا تقدم الديون على الجنایة ؛ لأن القاضى لما قضى بالجنایة ، صارت ديناً عليه وهو حى ، فالتحق بسائر الديون ، فهذا مكاتب مات وعليه ديون وبذل الكتابة ، فتبداً بالديون ، ثم بالمكاتبه ، ثم إن فضل شىء يكون لوارث المكاتب ، وإن لم يكن قضى القاضى عليه بالجنایة حتى مات ، فإنه يقدم الديون على الجنایة ، وكان يجب أن يكون ولى الجنایة أسوة لسائر الغرماء ، وذلك لأن جنایة المكاتب تصير ديناً بموته عن وفاء ، كما يصير ديناً بقضاء القاضى ، ولو صار ديناً بقضاء القاضى كان ولى الجنایة أسوة لسائر الغرماء ، فكذا إذا صارت ديناً بموته عن وفاء إلا أن الجواب عنه أن الجنایة بموته عن وفاء ، وإن كانت تصير ديناً إلا أنه يتعلق بالتركة بعد تعلق سائر الديون ، وذلك لأنه إنما تتعلق الجنایة بعد الموت بالتركة ؛ لأنه بعد الموت صار ديناً فيثبت التعلق بعد الموت ، وسائر الديون تعلق بماله حين مرض مرض الموت فى حال حياته ، فكانت الجنایة من سائر الديون بمنزلة دين المرض من دين الصحة ؛ لأن دين المرض يتعلق بعد تعلق دين الصحة ، ودين المرض مؤخر عن دين الصحة ، فكذلك هذا .

وإن مات بعد القضاء فيها كان ولى الجنایة أسوة لسائر الغرماء ، وهذا الذى ذكرنا كله إذا كان فيما ترك المكاتب وفاء بالديون والجنایة والمكاتبه جميعاً ، فأما إذا كان لا يفى بالمكاتبه ، وإنما يفى بالديون والجنایة جميعاً لا غيرها ، هل تبطل الجنایة؟ إن كان القاضى قضى بها قبل موته ، فالجنایة لا تبطل ، ويقضى من كسب الديون والجنایة جميعاً ؛ لأنه لما قضى بها قبل موت المكاتب ، فقد صارت ديناً فى ذمته حال حياته ، والتحق بسائر الديون ، فهذا مكاتب مات عاجزاً وعليه ديون ، وترك كسباً ، فيقضى الديون من كسبه ، وإن لم يكن قضى القاضى بالجنایة ، فإن الجنایة تبطل ، ويقضى الديون من كسبه ؛ لأن هذا مات عبداً ؛ لما ذكرنا أنه متى مات عاجزاً يعتبر عبداً ماذوناً فيما مضى ، فهذا عبد مات وفى عنقه جنایة ودين ، وترك كسباً ، فإنه يبطل الجنایة ، ويستوفى الديون من

كسبه، فكذلك هذا -والله أعلم- .

١٩٢٧١- وإذا مات المكاتب، وترك ابناً قد ولد له في كتابته من أمة له وعليه دين وجناية، قد قضى بها عليه، أو لم يقض بها، فإن الابن يسعى في الدين، ويسعى في الأقل من قيمة أبيه حين جنى ومن أرش الجناية ومن المكاتب، وذلك لأن الولد المولود في المكاتبه قائم مقام المكاتب؛ لأنه بعض المكاتب، وقد سرى إليه كتابة أبيه، ولهذا قالوا جميعاً: يسعى على نجوم الأب، وكذلك يستفيد عتقاً بأداء بدل الكتابة، كما يستفيدة المكاتب، فهو قائم مقامه، وإذا قام مقام الأب، فكأن الأب حيّ، ولو كان الأب حيّاً، وعليه دين وجناية وبذل كتابة، فإنه يسعى في الكل، قضى عليه بالجناية، أو لم يقض بها، فكذلك هنا، ولا يجبر على أن يبدأ من ذلك بشيء قبل شيء بخلاف ما إذا لم يترك ولداً، وإنما ترك كسباً، فإنه يترتب الحقوق بعضها على بعض، وإنما يكون كذلك لأن الابن متى كان حيّاً ولزمه السعاية فيما كان على الأب، فهذه حقوق اجتمعت في كسب الحي؛ لأن هذه الحقوق تقضى من كسب الابن، وهو حي قائم مقام أبيه، ولو كان الأب حيّاً لا يترتب الحقوق بعضها على بعض، وكذلك هذا بخلاف ما إذا ترك كسباً يفى بما عليه وبالكتابة، ولم يترك ولداً، فإنه يترتب الحقوق بعضها على بعض؛ لأن الحقوق اجتمعت في كسب الميت، والحقوق متى اجتمعت في كسب الميت فإنه يبدأ بالأقوى فالأقوى؛ لما بينا.

١٩٢٧٢- وإن عجز عن شيء من النجوم، أو أخره عن محله، ولم يكن له وفاء بذلك، فإنه يرد في الرق؛ لأنه قائم مقام الأب، والأب لو كسر نجماً أو نجمين حال حياته، فإنه يرد في الرق فكذلك الابن، وإذا رد في الرق لا شك أنه يباع بما كان على ابنه من الديون؛ لأن الولد لما عجز ظهر أن المكاتب مات عاجزاً، وقد ذكرنا أن المكاتب متى مات عاجزاً، يعتبر عبداً مأذوناً فيما مضى، فهذا عبد مات وترك كسباً، فباع كسبه بما عليه من الديون، وهل يقضى من ذلك الجناية؟ إن كان مات بعد قضاء القاضى بها، يقضى من كسب الجناية، ويكون ولى الجناية أسوة لسائر الغرماء؛ لأن الجناية بالقضاء بها صارت ديناً، والتحقت بسائر الديون، فهذا عبد مات، وعليه ديون لا جناية في عنقه، وترك كسباً، فيضى كله من كسبه، وإن مات قبل قضاء القاضى بالجناية، بطلت

الجنایة، وبيع الابن فيه، فيؤخذ من ذلك الديون؛ لأن هذا عبد مات وفي عنقه جنایة، وترك كسباً، فيقضى الديون من كسبه، وتبطل الجنایة.

وأما أم الولد إذا جنت جنایة خطأ فالجواب فيها كالجواب في المدير؛ لأن أم الولد مملوكة للمولى رقة ومنفعة، فكانت نظير المدير، وقد امتنع الدفع معنى من جهة المولى وهو الاستيلاد السابق، فكان موجب جنایتها على المولى، ويلزمه الأقل من قيمتها ومن الأرض كما ذكرنا في المدير.

١٩٢٧٣- وإذا جنى العبد جنایة خطأ، واختار المولى الفداء، وليس عنده ما يؤدي به الفداء سوى العبد الجانى، قال أبو حنيفة رحمه الله: بأن اختيار الفداء ماضى على حاله، ولا يكون لأولياء الجنایة أن ينقضوا الاختيار، ويعيدوا حقهم فى رقة العبد فيتشبهوا به، وإنما لهم المطالبة بدينهم حتى يبيع المولى العبد، ويقضى الفدية من ثمنه، ويكون الباقي ديناً عليه، فإن لم يبع العبد بنفسه لا يبيع القاضى عليه، بل يحبس حتى يبيع بنفسه، أو يبيع غيره بأمره، ويصرف ثمنه إلى أولياء الجنایة قضاء عن الدية، ويكون الباقي ديناً عليه، والجواب عند أبى حنيفة رحمه الله فى هذه المسألة كالجواب فيما لو كان على المولى دين آخر سوى الفداء.

وعلى قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله: إذا أدى الفداء كان الاختيار ماضياً على حاله، وإن عجز عن الفداء كان لأولياء الجنایة الخيار، إن شاؤوا نقضوا الاختيار، حتى يعود حقهم فى العبد فيتشبهوا به، وإن شاؤوا، لم ينقضوا الاختيار، وطلبوا من القاضى أن يبيع العبد عليهم بغير رضاهم، ويقضى حقهم فى الدية من ثمنه، ويكون الباقي ديناً عليه.

وجه قولهما فى ذلك: إن اختيار المولى الفداء، إما أن يعتبر شراء أو حوالة؛ لأن فى الاختيار كلا المعنيين، أما فيه معنى الشراء وذلك لأن حق أولياء الجنایة بنفس الجنایة تعلق برقة العبد حتى لو هلك العبد، بطل حقهم، وباختيار الفداء يصير ما للمجنى عليه من الحق فى العبد للمولى بعوض، وهذا معنى شراء العبد من أولياء الجنایة.

وفيه معنى الحوالة؛ لأن الحوالة ليس إلا نقل الحق من محل إلى محل، وقد وجد هذا المعنى باختيار الفداء، وذلك لأن حق أولياء الجنایة فى رقة العبد فى الأصل، حتى

لو هلك العبد بطل حقهم، وباختيار الفداء يتحول الحق من العبد إلى ذمة المولى حتى لا يبطل حقهم بهلاك العبد، وكان بمعنى الحوالة من هذا الوجه، فدل أن في اختيار الفداء معنى الشراء ومعنى الحوالة، وأى المعنيين اعتبرنا كان للمولى التشبث بالعين إن عجز المولى، وأفلس عن أداء الفداء.

أما باعتبار الشراء لأن المولى بمنزلة مشتري أفلس عن الثمن قبل قبض المشتري، وذلك لأن يد المولى فيما لأولياء الجناية من الحق فى العبد يد أولياء الجناية حتى لو هلك العبد، كان الهلاك على أولياء الجناية، فكان يد المولى فى العبد باعتبار مالهم من الحق يد المودع، ويد المودع كيد المودع، فيكون العبد بهذا الاعتبار فى يد أولياء الجناية، فإذا أفلس عن الفداء، فهو مشتري أفلس قبل قبض المشتري من حيث المعنى.

والمشتري إذا أفلس قبل قبض المشتري، كان البائع بالخيار إن شاء تشبث بالعبد، فيحبس العبد حتى يستوفى الثمن، وإن شاء طلب من القاضى حتى يبيع العبد، ويوفى ثمنه، فكذاك هذا يكون لولى الجناية الذى هو بمعنى البائع الخيار إن شاء، تشبث بالعبد حتى يستوفى الثمن وهو الدية، وإن شاء طلب من القاضى أن يبيع العبد، ويوفى ثمنه.

وأما باعتبار الحوالة لأن المحتال عليه أفلس قبل أداء ما لزمه بالحوالة، فيتخير المحتال له، وهو لولى الجناية فى ذلك، إن شاء، نقض الحوالة حتى يعود حقه فى العبد، وإن شاء لم ينقض، وطلب من القاضى حتى يبيع العبد بدينه إن لم يبع المولى بنفسه إلا أن مسألتنا تفارق مسألة الحوالة المحضة، فإن فى الحوالة المحضة متى أفلس المحتال عليه عن بعض ما التزم بالحوالة، وقدر على أداء البعض، فالمحتال له إنما ينقض الحوالة فى البعض لا فى الكل، وهنا يتخير إن شاء نقض الحوالة فى الكل، وإن شاء أمضى الحوالة فى الكل، وذلك لأننا متى أثبتنا لهم نقض الحوالة فى البعض دون البعض كما فى غيرها من الحوالات يعود إلى المولى بعض العبد، ويبقى حق أولياء الجناية فى بعض الفداء، فيكون جمعاً بين الفداء والدفع، وهذا غير مشروع، فلهذه الضرورة يتخير بين أن ينقض الحوالة فى الكل، وبين أن يختار الحوالة فى الكل.

ونظير هذا ما قالوا: فى العبد المأذون إذا لحقه دين، وطلب الغرماء ببيع العبد بدينهم، فاختار المولى قضاء الدين، ثم عجز عن قضاء الدين، بأن لم يكن له ماله

يقضى به دينهم سوى العبد المأذون، عاد حقهم فى العبد كما كان قبل الاختيار .

١٩٢٧٤- وكذلك الراهن إذا اختار قضاء الدين، ثم عجز عنه كان للمرتهن التشبث بالرهن كما قبل الاختيار، وطريقه ما قلنا فكذاك هذا .

وجه قول أبى حنيفة رحمه الله فى اختيار المولى : إما أن يعتبر شراء أو حوالة من الوجه الذى قالوا، فأى ذلك ما اعتبرنا لا يكون لأولياء الجناية نقض الاختيار والتشبث بالعين، أما باعتبار الشراء فلأن المولى بمنزلة المشتري، إذا أفلس عن الثمن بعد قبض المشتري؛ لأن المولى بعد ما اختار الفداء، وصار مشترياً للعبد يخلى بالعبد ويصير قابضاً بالتخلية؛ لأن المولى فى حق العبد بمنزلة المودع، والمودع إذا اشترى الوديعة، ثم يخلى بالوديعة صار قابضاً، والمشتري إذا أفلس بعد قبض المشتري لا يكون للبائع نقض المشتري ولا حق التشبث بالعبد، وإنما له المطالبة بالثمن حتى يبيع المشتري العبد ويقضى ثمنه، فإن باع العبد، وقضى ثمنه، وإلا حبسه القاضى حتى يبيع العبد بنفسه أو بأمر غيره بالبيع، ولا يبيع العبد عليه بغير رضاه عند أبى حنيفة رحمه الله؛ لأنه يكون هذا حرجاً على الحر، وأبو حنيفة رحمه الله لا يرى الحرج على الحر، وباعتبار الحوالة لا يعود حقه إلى العبد .

١٩٢٧٥- هذا إذا أفلس المولى ولا يكون لهم التشبث بالعبد مادام المولى حياً؛ لأن الإفلاس لا يتحقق عند أبى حنيفة رحمه الله مادام المحتال عليه حياً؛ لأن المال غاد ورائح، وإنما تحقق إذا مات مفلساً، فلا جرم إذا مات المولى مفلساً، نقول : بأنه يعود حقه إلى العين، فباعتبار معنى الحوالة تصير المسألة بناء على تلك المسألة .

وأما مسألة الرهن والدين الذى قال : قلنا : اختيار القضاء فى مسألة العبد المديون والرهن، لم يعتبر شراء ولا حوالة؛ لأن بعد اختيار قضاء الدين بقى الحق فى العين على حاله حتى لو هلك الرهن، أو العبد المديون بعد الاختيار، سقط حق الغرماء، ولم يكن على المولى شىء، وإذا لم يكن اختياره قضاء الدين لا شراء ولا حوالة، صار وجود هذا الاختيار وعدمه بمنزلة، فأما فى مسألتنا هذا فاختيار المولى الفداء شراء أو حوالة؛ لأن اختيار الفداء أوجب قطع حق أولياء الجناية عن الرقبة، حتى لو هلكت الرقبة بعد اختيار الفداء، لا يبطل حق أولياء الجناية بهلاك العبد، وبالاختبارين جميعاً لا يكون للمولى

التثبت بالعين من الوجه الذى قلنا - والله أعلم - .

١٩٢٧٦- وإذا جنت الأمة جناية خطأ، ثم ولدت ولدًا بعد ذلك، ثم اختار المولى الدفع، فإنه يدفعها دون الولد.

فرق بين هذا وبينما إذا استهلك مالا، ثم ولدت بعد ذلك ولدًا، فإنها تباع مع الولد بالدين، فقد سرى الدين إلى ولدها الحادث بعد الدين، والجناية لم تسر إلى ولدها الحادث بعد الجناية.

والفرق الصحيح أن يقال: إن ولد الأمة الجانية إنما لا يدخل فى جنايتها؛ لأنها حين ولدت لم يكن لولى الجناية فى الأمة الجانية لا ملك، ولا حق مستقر فى العين، وإنما يسرى إلى الولد إما الملك أو الحق المستقر فى العين، وإنما قلنا: بأنه ليس لمولى الجناية فى الأمة ملك، ولا حق^(١) مستقر، أما الملك فلا إشكال؛ لأن الأمة الجانية بنفس الجناية قبل الدفع لم يصير ملكًا لولى الجناية؛ لأن لصاحب الأمة الخيار بين أن يزيلها عن ملكه بالدفع وبين أن يتثبتها على ملكه بالفداء، فكان بمعنى خيار البائع، وإنه يمنع زوال ملكه، ولهذا نفذ تصرفات المولى بعد الجناية.

وأما الحق المستقر فلأن استقرار الحق فى العين إنما يثبت إذا صار صاحب الرقبة ممنوعًا عن التصرف فى رقبته أو منفعته، ويتعلق حق ولى الجناية بالرقبة، لم يصير المولى ممنوعًا من التصرف، لا فى رقبته، ولا فى منفعتها، أما فى رقبته فإنه يملك بيعها وهبتها رضى ولى الجناية بذلك أم سخط، وأما فى منفعتها فلأنه يؤاجرها ويستخدمها، ولا يمنع من ذلك، وإذا لم يصير ممنوعًا من التصرف لا فى رقبته، ولا فى منفعتها كان حق ولى الجناية فى العين غير مستقر، فلا يسرى إلى الولد، فصار كحق الفقير فى قدر الزكاة بعد حولان الحول لما كان غير مستقر؛ لأنه لم يمنع صاحب المال من التصرف فيه لا رقبة ولا منفعة لم يصير ذلك الحق إلى الولد المتولد من المال الذى وجب فيه الزكاة، وكذا ههنا.

فأما الدين حق مستقر فى الأمة المديونة حتى صار المولى ممنوعًا من بيعها وهبتها، فجاز أن يسرى إلى الولد، وكان كحق الكتابة والتدبير لما كان حقًا مستقرًا فى الرقبة سرى إلى الولد، وكذا حق الأضحية لما كان حقًا مستقرًا فى العين حتى صار ممنوعًا من

(١) وكان فى ظ "والحق مستقر".

الانتفاع به من حلبه وجز صوفه، والركوب عليه إن لم يصبر ممنوعاً من بيعه، بخلاف القصاص حيث لا يسرى إلى الولد؛ لأن المستحق بالقصاص الروح^(١) لا الرقبة، والولد يتولد من الرقبة لا من الروح، ولهذا لم يستحق الولد إذا وجب القصاص، وفي بطنها ولد بخلاف الدين، فإنه يتعلق برقبته، والولد يتولد من الرقبة، فجاز أن يسرى إلى ولدها، ولا يدخل كسبها في الجنابة؛ لأنه لما لم يدخل ولدها تحت جنابتها، فكسبها أولى، ألا ترى أن التدبير والكتابة تسرى إلى الولد، ولا يسرى إلى الكسب، فما لا يسرى إلى الولد لأن لا يسرى إلى الكسب أولى.

وإذا جنى عليها أحد، فأخذ المولى بذلك أرشاً، فإنه يدفعها مع الأرض.

١٩٢٧٧- فرق بين هذا وبين الولد، فإنه لا يدفعها مع الولد، وكما أن الولد حدث بعد الجنابة وهو منفصل عنها حالة الدفع، فالأرش كذلك.

ووجه الفرق بينهما وهو أن الأرض إن كان منفصلاً عنها من حيث الحقيقة وقت الدفع متصل بها معنى؛ لأن الأرض خلف عن الفأنت، فيكون قائماً مقام الفأنت، ولو كان الفأنت قائماً لا شك أنه يجب دفعه مع الأصل، فكذا يجب دفع خلفه.

فأما الولد منفصل عن الأصل حقيقة وحكماً أما حقيقة فلا إشكال، وأما حكماً فلا أن الولد المنفصل ليس بخلف عما كان متصلاً بها قبل الانفصال؛ لأن المنفصل عين ما كان متصلاً قبل الانفصال، والشئ لا يجوز أن يكون خلقاً عن عينه ونفسه، وإذا لم يثبت الاتصال وقت الدفع لا حقيقة ولا حكماً لم يجب دفعه مع الأصل.

قياس مسألة الأرض من مسألتنا أن لو دفعت، وفي بطنها ولد، فلا جرم يستحق الولد معها، وكان كمال الزكاة بعد ما وجبت فيه الزكاة، إذا ولدت ولدًا لا يسرى إلى الولد، ولو قطع شئ منها ووجب البذل، تسرى الزكاة إلى البذل، فكذلك هذا.

هذا إذا قطع طرفاً من أطرافها بعد الجنابة حتى وجب الأرض، وقد علم ذلك، فأما إذا قطع طرف من أطرافها قبل الجنابة، ثم جنت واختار المولى دفعها، فإنه لا يدفع الأرض معها؛ لأن الأرض لم يكن خلقاً عن فأنت تتعلق به حق المجنى عليه؛ لأنه حين جنت كان الطرف منفصلاً عنها، فتعلق حق ولي الجنابة برقبة ناقصة، وإذا لم يكن

(١) هكذا في م، وكان في غير "الزوج".

الأرض خلْقاً عن فائت تعلق به حق المولى لم يجب دفعه مع الأصل بخلاف ما إذا كان القطع بعد الجنائية ؛ لأنه تعلق حق ولى الجنائية برقبة كاملة ، فكان الأرض خلْقاً عما تعلق به حق ولى الجنائية ، والخلف قائم مقام الفائت ، ولو كان الفائت قائماً ، كان يدفعه مع الأصل ، فكذا يدفع الخلف مع الأصل .

١٩٢٧٨ - هذا إذا علم أن الجنائية عليها كانت قبل جنائيتها أو بعد جنائيتها ، وإن كان لا يعلم أن الجنائية عليها قبل جنائيتها ، أو بعد جنائيتها إن تصادقا أن الجنائية عليها كانت^(١) قبل جنائيتها كان الحكم كما تصادقا عليه ؛ لأن الحق بينهما لا يعدو هما^(٢) ، فيكون الفائت بينهما بتصادقهما كالفائت معانية ، فكل جواب عرفته ثمة ، فهو الجواب هنا .

وإن تصادقا ، وقالوا : لانعلم أن الجنائية عليها قبل جنائيتها ، أو بعد جنائيتها كيف يصنع بالأرض إذا اختار الدفع ، قالوا : ذكر فى بعض النسخ الوكالة وقال : يكون الأرض بين المولى والمجنى عليه نصفان ؛ لأنه احتمل أن الأرض وجب قبل جنائيتها ، فيكون كله للمولى ، واحتمل أن يكون بعد جنائيتها ، فيكون كله لولى الجنائية متى اختار الدفع ، فإذا تصادقا أنهما لا يعلمان جعل بينهما نصفان .

هذا إذا تصادقا على شىء واحد ، وأما إذا اختلفا ، فقال المجنى عليه : إن^(٣) الأرض وجب بعد الجنائية ، وإنه لى متى اخترت الدفع ، وقال المولى : لا ، بل وجب الأرض قبل جنائيتها ، وإنه لى متى اخترت الدفع ، ذكر أن القول قول المولى مع يمينه ، ويكون الأرض له ، إلا أن يقيم المجنى عليه بينة أنه وجب الأرض بعد الجنائية ، وكان يجب أن يكون القول قول المجنى عليه ؛ لأن القطع أمر حادث ، والأصل فى الحوادث أنه يحكم بحدوثها لأقرب ما ظهر ، فيجعل القطع حادثاً للحال ، وذلك لأن القطع كما هو حادث ، كذلك الجنائية حادثة ، فيحكم بحدوثها للحال إذا لم يعرف حدوثها قبل ذلك ، فيتعارض الجنائيتان ، فيسقط اعتبارهما ، وتبقى العبرة بعد هذا للدعوى والإنكار ، فولى الجنائية يدعى ملك ما فى يد المولى من الأرض والمولى ينكر ، فيكون

(١) هكذا فى الأصل ، وكان فى غيره "كان" مكان "كانت" .

(٢) هكذا فى ظ و ف وم ، وكان فى الأصل "لا يعدو هنا" .

(٣) وفى ظ "لأن" مكان "إن" .

القول قوله .

وإن كانت الجنایة عليها بعد جنایتها وأمسكها المولى وفداها ، فإنه يستعين بأرش الجنایة فى الفداء ، وذلك لأن المولى كان مخيراً بين شيئين بين الدفع والفداء ، والمخير بين الشيئين متى اختار أحدهما ، فإنه يعتبر هو الواجب من الأصل ، وقد اختار الدية بالفداء ، فتعتبر الدية هى الواجب من الأصل ، فبقى الأرش والأمة على ملك المولى ، فكان له أن يستعين بذلك فى أداء ما وجب عليه من الأرش .

١٩٢٧٩- وإذا قتل العبد رجلاً خطأ ، وعليه دين وخير مولاه بين الدفع والفداء ، فاختار الفداء لأولياء الجنایة ، فقد ظهر العبد عن الجنایة ، بعد هذا يباع العبد للغرماء بدينهم ليصل كل واحد إلى حقه ، فأما إذا اختار الدفع ذكر أنه يدفع العبد أولاً إلى أولياء الجنایة ، ثم الغرماء يبيعونه بالدين فى ملك أولياء الجنایة إذا لم يقضوا دينه .

فقد بدأ القاضى أولاً بالدفع إلى أولياء الجنایة ولم يبدأ بالبيع للغرماء ، وذلك لأن الأصل أنه متى اجتمع فى العين حقان ، وفى البداية بأحدهما توفير الحقين ، وفى البداية بالآخر توفير أحدهما وإبطال الآخر ، فإنه يبدأ بالحق الذى فيه توفير الحقين ؛ لأن الأصل أن الحقوق توفى ما أمكن .

ومتى بدأ القاضى بالدفع إلى أولياء الجنایة كان فى ذلك توفير الحقين ؛ لأن حق الغرماء فى حق الدين يبقى ، وإن زال العبد بالدفع عن ملك مولى العبد ؛ لأن العبد إنما زال عن ملك مولاه بالدفع من غير رضا الغرماء ، وزوال العبد المديون عن ملك مولاه إلى غيره إذا لم يكن برضا الغرماء ، لا يوجب سقوط دينهم ، ولا يوجب تأخير دينهم إلى ما بعد العتاق أيضاً ، ألا ترى أنهم قالوا : إن مولى العبد المديون إذا مات يصير العبد ميراثاً لورثته ، ثم الغرماء يبيعونه بالدين فى ملك الورثة ؛ لأن زوال العبد عن ملك المولى إلى ورثته ما كان برضا الغرماء ، فكذا هنا ، وإذا بقى الدين فى ذمة العبد بعد زوال العبد المأذون^(١) عن ملك المولى أمكن للغرماء أن يبيعوه بدينهم ، فيكون فى ذلك توفير الحقين .

وإذا باعوه بدينهم فى ملك أولياء الجنایة لا يكون لأولياء الجنایة أن يرجعوا على

(١) وفى م "المديون" مكان "المأذون" .

المولى بشيء؛ لأن حقهم ما ثبت إلا في عبد مشغول بالدين، وقد سلم لهم ذلك، فدل أن في البداية بالدفع توفير الحقين، وفي البداية بالبيع للغرماء توفير حق الغرماء، وإبطال حق أولياء الجناية؛ لأنه بالبيع للغرماء ما يزول العبد عن ملك مولى الجاني^(١)، وزوال العبد عن ملك مولى الجاني^(٢) إلى غيره بالبيع مما يبطل الجناية، وإن حصل البيع بغير رضا أولياء الجناية؛ لأنه لاسبيل إلى تضمين المولى؛ لأن العبد زال عن ملكه لا بصنعه كما لو مات العبد، ولا سبيل إلى اتباع المشتري؛ لأنه لو بقيت الجناية في ملك المشتري، إذا أخذ منه العبد كان للمشتري أن يرجع بذلك على البائع؛ لأن المبيع استحق من يده، فيوجب ذلك فسخ البيع، وإذا فسخ البيع، بطل حق الغرماء عن المشتري.

وإذا كان كذلك ثبت أن في البداية بالبيع بدين الغرماء توفير أحد الحقين وإبطال الحق الآخر، وفي البداية بالدفع توفير الحقين، فكانت البداية بالدفع، وفيه توفير الحقين أولى.

١٩٢٨- هذا إذا كان الدفع إلى ولي الجناية بقضاء قاضي، فأما إذا دفع العبد إلى أولياء الجناية بغير قضاء قاضي، وهلك في يدهم، ذكر أنه لا يضمن قيمة العبد للغرماء، وإنه جواب الاستحسان، والقياس أن يضمن قيمة الغرماء.

وجه القياس في ذلك ظاهر، وهو أنه بالدفع ملك العبد عن أولياء الجناية من غير رضا الغرماء، فيضمن قيمته إذا هلك في أيديهم، كما لو باع منهم. وأما وجه الاستحسان في ذلك، وهو أن مولى العبد يدفع العبد إلى أولياء الجناية فعل عين ما كان يفعل القاضى لو رفع إليه؛ لأنه لو رفع الأمر إلى القاضى كان يدفع العبد إلى أولياء الجناية، فيجعل فعله كفعل القاضى، ألا ترى أنهم قالوا: فيمن اشترى داراً بعبد، ولها شفع، وقبض المشتري الدار، ثم سلمها إلى الشفع بغير قضاء قاضي، ثم وجد بائع الدار بالعبد عيباً، وردّه على المشتري، وانفسخ البيع، فإن المشتري لا يضمن قيمة الدار للبائع، وإن أتلّفها لما ملك الدار من الشفع حتى لا يسلم^(٣) إليه بغير قضاء القاضى؛

(١) هكذا في ظ، وكان في غيرها "مولى الجناية".

(٢) هكذا في ظ، وكان في غيرها "مولى الجناية".

(٣) هكذا في ظ، وكان في غيرها: "يسلم".

لأنه فعل^(١) غير ما كان يفعله القاضى لو رفع إليه، فيجعل فعله كفعل القاضى، كذا هنا بخلاف ما لو باع منهم؛ لأنه لم يفعل عين ما يفعله القاضى لو رفع إليه، فإنه لو رفع إلى القاضى كان لا يبيع العبد من أولياء الجنائية، وإنما يدفع إليه بالجنائية، فلم يكن أن يجعل فعله كفعل القاضى.

ولو دفعه إلى أهل الدين بدينهم بغير أمر القاضى قبل أن يحضر أهل الجنائية، فعليه قيمته لأصحاب الجنائية، إن كان لا يعلم بالجنائية وقت الدفع، وإن كان عالماً بالجنائية يصير مختاراً للقاء، وذلك لأنه بالدفع إلى الغرماء بدينهم ملك العبد منهم بغير رضا أولياء الجنائية، فيعتبر بما لو باع منهم بدينه بغير رضا أولياء الجنائية، ولو باع منهم بغير رضا أولياء الجنائية كان يضمن قيمته لأولياء الجنائية، فكذلك هذا فرق بين هذا، وبينما لو دفع المولى العبد إلى أولياء الجنائية بغير رضا الغرماء ذكر إنه لا يضمن للغرماء شيئاً، وهنا قال: يضمن قيمته لأولياء الجنائية.

ووجه الفرق: بينهما وهو أنه متى دفع العبد إلى أولياء الجنائية، فقد فعل عين ما يفعله القاضى لو رفع إليه، فيجعل دفعه كدفع القاضى، فأما هنا لم يفعل بالدفع إلى الغرماء بدينهم عين ما كان يفعله القاضى لو رفع إليه، فإنه لو رفع إليه، كان لا يدفعه إلى الغرماء بدينهم، وإنما يدفعه إلى أولياء الجنائية، وإذا لم يفعل عين ما يفعله القاضى لو رفع إليه، لا يمكننا أن نجعل فعله كفعل القاضى، فصار ضامناً - والله أعلم -.

١٩٢٨١ - قال: عبد فى يدى رجل أقر عليه بجنائية، ثم أقر بعد ذلك أن العبد كان لغيره فى القديم، وإنه لم يملكه قط، فهذا على وجهين: إما أن يكون الملك فى العبد معروفاً أنه للمقر، أو كان مجهولاً لا يدرى، وكل وجه من ذلك على وجهين: إما أن يكون أقر بالجنائية أولاً، ثم بالعبد بعد ذلك، أو أقر بالعبد أولاً، ثم أقر بعد ذلك بجنائية العبد، فإن كان الملك فى العبد معروفاً أنه للمقر، وقد أقر بالجنائية أولاً، ثم بالعبد، فالمسألة لا تخلو بعد هذا من ثلاثة أوجه: إما أن يصدق المقر له فى الملك والجنائية جميعاً، أو يكذبه فيهما، أو يصدق فى الملك، ويكذبه فى الجنائية.

فإن صدقه المقر له فى الجنائية، والمالك جميعاً صح إقرار المقر، ويقال للمقر له:

(١) هكذا فى ظ، وكان فى غيرها "عين ما كان".

ادفع العبد، أو افده بالدية، وذلك لأنه لو امتنع صحة هذا الإقرار إنما يمتنع لحق ولى الجناية فى العبد، ولا وجه إليه؛ لأنه بهذا الإقرار لا يبطل حق ولى الجناية؛ لأن حقه فى الدفع أو الفداء وإنه باقٍ بعد الإقرار حتى صح الإقرار فصح الإقرار، والإقرار متى صح صار الثابت بالإقرار كالثابت بالبيينة أو معاينة، ولو ثبت بالبيينة الجناية والملك للمقر له لا شك أن المقر له يخاطب بالدفع أو بالفداء، فكذلك هذا، فأما إذا كذبه المقر له فى الجناية والملك جميعاً كان الخصم هو المقر، فيقال للمقر: إما أن تدفع العبد، أو افده، ولا يصير المقر بالإقرار مختاراً للفداء.

وقال زفر رحمه الله: إنه يصير مختاراً للفداء، وذهب فى ذلك إلى أن المقر لما أقر بالعبد لغيره بعد إقراره بالجناية، فقد أزال العبد عن ملكه مع العلم بالجناية إلى المقر له؛ لأن صحة الإقرار لا يقف على تصديق المقر له، ولهذا قالوا: لو مات المقر له قبل التصديق، فإن المقر به يصير ميراثاً لورثة المقر له، فصح أنه أزال البعد عن ملكه إلى ملك المقر له بنفس الإقرار وهو عالم بالجناية، فيصير مختاراً ثم لا يبطل الاختيار، وإن عاد العبد إلى ملكه بالتكذيب كما لو باع المقر العبد من غيره، أو وهبه من غيره وهو عالم بالجناية، حتى صار مختاراً، ثم عاد العبد إلى قديم ملكه بالرد بالعيب، أو بالرجوع بالهبة هناك، لا يبطل الاختيار، فكذا هنا.

وأما علماءنا الثلاثة ذهبوا فى ذلك إلى أن صحة الإقرار إن كان لا يقف على التصديق، فالبطالان يقف على التكذيب حتى إذا اتصل به التكذيب بطل من الأصل، وإذا توقف البطلان على التكذيب فمتى كذبه المقر له فى إقراره بطل الإقرار من الأصل وصار وجود الإقرار وعدمه بمنزلة، وهذا لأن الإقرار إخبار، والإخبار محتمل بين الصدق والكذب، فقبل التكذيب اعتبر صدقاً؛ لأن الظاهر أن العاقل لا يقر على نفسه كاذباً، وإنما يقر صادقاً وإذا اتصل به التكذيب اعتبر كذباً من الأصل؛ لأن العاقل لا يرد الإقرار كاذباً، وإذا صار كاذباً من الأصل لا يتعلق به حكم، فظهر أن المقر لم يزل العبد عن ملكه بعد جنايته حتى يصير مختاراً بخلاف ما لو باع أو وهب؛ لأنه تمليك مبتدأ، وإذا كان تمليكاً صار مولى العبد مزيلاً ملكه عن العبد مع علمه بالجناية، فصار مختاراً للفداء، وبالعود إلى ملكه بالفسخ لا يبطل ذلك الاختيار إذ لا يظهر أن ملكه لم يكن

زائلا، أما هنا بالتكذيب يظهر أن العبد لم يكن زائلا عن ملكه ؛ لأنه يظهر أنه كان كذباً ، فلم يصير مختاراً .

فأما إذا صدقه المقر له في الملك وكذبه في الجناية صار المقر مختاراً للفداء ، فيلزمه الأرش ، ويقضى بالعبد للمقر له ، وذلك لأن إقرار ذى اليد بالجناية على العبد قد صح ؛ لأن الإقرار بجناية العبد وجد قبل إقراره بالعبد للمقر له ، فيصح إقراره ؛ لأن العبد ملكه وقت إقراره بجنائته ، وإذا أقر بعد ذلك بالعبد لغيره ، وصدقه المقر له صار المقر مزيلا العبد عن ملكه إلى المقر له وهو عالم بالجناية ، فيصير مختاراً للفداء .

١٩٢٨٢- هذا الذى ذكرنا كله إذا أقر بالجناية أولا ثم بالعبد ، فأما إذا أقر بالعبد أولا ، ثم أقر بجناية العبد خطأ بعد ذلك ، فهذا لا يخلو عن ثلاثة أوجه أيضاً : فإن صدقه المقر له فيهما جميعاً ، صار الخصم هو المقر له ، فيقال له : ادفعه أو افده ، وإن جعل^(١) المقر مقراً بجناية العبد والملك في العبد لغيره ، فيكون مقراً بجناية عبد الغير ؛ لأن الإقرار بجناية عبد الغير صحيح إذا صدقه المقر عليه ، وهنا صدقه المقر عليه فصح إقراره بالجناية ، وصار الثابت بإقراره كالثابت بالبينة ، ولو ثبت ما أقر بالبينة لا شك أنه يقال للمقر له : إما أن تدفع أو تفدى ، فكذا هذا .

فأما إن كذبه المقر له في الملك والجناية جميعاً فإنه يقال للمقر : أما إن تفدى أو تدفع ، وذلك لأن المقر له لما كذبه فيهما بطل إقراره بالعبد للمقر له من الأصل ، فظهر أن الإقرار من المقر بجناية العبد حصل ، والعبد في ملكه ، فصح إقراره ، فيقال له : إما أن تدفع أو تفدى .

وإن صدقه في الملك ، وكذبه في الجناية لم يلزم حكم الجناية لا للمقر له ولا للمقر ، أما لا يلزم للمقر له ؛ لأنه لما صدقه المقر له في الملك ظهر أن إقراره بالجناية حصل ، والعبد في ملك غيره ، وقد كذبه صاحب الملك فيه ، فلا يصح إقراره ، وأما لا يلزم المقر شيء ؛ لأنه لم يقر على نفسه بشيء بخلاف ما لو كان أقر بالجناية أولا ، ثم بالعبد ؛ لأنه جعل^(٢) مقراً بجناية عبد هو ملكه ، فصح الإقرار بالجناية ، فإذا أقر بالعبد

(١) هكذا في الأصل وظ ، وكان في غيرهما "حصل" .

(٢) هكذا في ظ ، وكان في غيرها "للمقر" مكان "للمقر له" .

لغيره، وصدقه المقر له في الملك صار مزيلا العبد عن ملكه إلى ملك المقر له وهو عالم بالجنابة، فيصير مختاراً، كما لو باعه أو وهبه، وهنا الإقرار بالجنابة حصل والعبد لغيره، فجعل مقراً على غيره^(١)، والمقر عليه، كذبه، فلم يصح إقراره.

١٩٢٨٣- هذا الذي ذكرنا كله إذا كان الملك في العبد معروفاً أنه للمقر، فأما إذا كان مجهولاً لا يدري، فهنا على وجهين أيضاً: فإن أقر أولاً بالجنابة، ثم بالعبد إن صدقه المقر له فيهما يقال للمقر له: إما أن تدفع أو تفدى؛ لأن الملك للمقر له، والجنابة في ملكه ثبت بتصادقهما فصار كالثابت بالبينة، ولو ثبت بالبينة أن الجنابة كانت في ملك المقر له يقال للمقر له: إما أن تدفع أو تفدى، فكذا هذا.

وإن كذبه فيهما جميعاً يقال للمقر^(٢) له: إما أن تدفع أو تفدى؛ لأن المقر له لما كذبه في إقراره بطل إقراره من الأصل، وصار وجود إقراره وعدمه بمنزلة، ولو عدم الإقرار والعبد في يده وقد أقر بجنابة، فإنه يقال له: إما أن تدفع أو تفدى، فكذا هذا.

وإن صدقه في الملك وكذبه في الجنابة، صار العبد للمقر له، ولا يلزم المقر ولا المقر له حكم الجنابة، أما لا يلزم المقر له؛ لأنه لو لزمه، لزمه بحكم إقرار المقر، وإقرار الغير على الغير باطل، وكذا لا يلزم المقر شيء وكان يجب أن يصير المقر مختاراً للفداء؛ لأن إقراره بالجنابة صح من حيث الظاهر؛ لأن الملك له وقت الإقرار بالجنابة بظاهر يده، فإن ظاهر اليد يدل على الملك، فصح إقراره بالجنابة من حيث الظاهر كما لو كان ملكه في العبد معروفاً.

فإذا أقر بالعبد لغيره، وصدقه المقر له، صار المقر له مزيلا العبد عن ملكه بعد ما صح إقراره بالجنابة، فيجب أن يصير مختاراً للفداء كما لو كان الملك معروفاً له في هذا العبد وقت الإقرار بالجنابة إلا أن الجواب عنه أن الملك هنا وقت الإقرار بالجنابة ثابت له بظاهر اليد، والملك الثابت بظاهر اليد يصلح لإبقاء ما كان ثابتاً، فأما لا يصلح لإثبات ما لم يكن ثابتاً، واختيار الفداء لم يكن ثابتاً فلا يثبت بالملك الثابت بظاهر اليد بخلاف ما إذا كان الملك معروفاً في العبد؛ لأن الملك المعروف بدليل آخر سوى اليد كما لا يصلح

(١) هكذا في ظوف وم، وكان في الأصل "جعل".

(٢) هكذا في الأصل وظ، وكان في غيرهما "حصل".

لإبقاء ما كان ثابتاً يصلح لإثبات ما لم يكن ثابتاً، ألا ترى أن من اشترى داراً وبجنبها دار في يد آخر، فأراد ذو اليد أن يأخذ الدار بالشفعة بالملك الثابت له بظاهر اليد لم يقدر، ولو كان الملك له في الدار معروفاً كان له أن يأخذ الدار بالشفعة، فكذا هذا، فهذه المسألة تفارق ما إذا كان ملكه في العبد معروفاً في فصل واحد، فأما في فصلين: فهذه وتلك سواء.

فأما إذا أقر بالملك أولاً ثم بالجنائية إن صدقه فيهما، يقال لمقر له: إما أن تدفع أو تفدى، وذلك لأن الملك الثابت في العبد لو كان معروفاً للمقر لكان المقر له هو المطالب بحكم الجنائية إذا صدقه فيهما، فإذا كان مجهولاً لا يدرى أولى.

وإن كذبه فيهما يقال للمقر: إما أن تدفع أو تفدى؛ لأنه لما كذبه فيهما صار وجود إقراره وعدمه بمنزلة، وإن صدقه في الملك، وكذبه في الجنائية لم يكن على واحد منهما شيء؛ لما مر.

وإذا أقر العبد بجنائية موجبة للمال، فإنه لا يصح إقراره إذا لم يصدقه المولى في إقراره؛ لأنه يقر على غيره وهو مولاه، فإن الجنائية الموجبة للمال من المملوك موجبها الدفع أو الفداء، وإنما يتأدى بما هو مملوك المولى، فيكون العبد مقراً على المولى، وإقرار الغير على الغير باطل، وكان كالحر إذا أقر بالجنائية الخطأ، فإنه لا يصدق في إقراره؛ لأنه يقر على غيره، وهو العاقلة بخلاف ما إذا أقر العبد بالقصاص على نفسه حيث صح إقراره؛ لأنه أقر على نفسه، فإن المستحق بالقصاص الدم، والدم بقى على ملك العبد بعد الرق كما قبل الرق، ولم يصّر مملوكاً للمولى بدليل أن إقرار المولى عليه بالقصاص لا يصح، ولو صار دمه مملوكاً للمولى صح إقراره، وإذا كان الدم مملوكاً للعبد حصل^(١) العبد مقراً على نفسه، فيصح إقراره، فأما موجب الخطأ المال وذلك الدفع أو الفداء، وكل ذلك يتناول المولى، فجعل^(٢) مقراً على المولى لا على نفسه، فلم يصح إقراره، والتاجر في ذلك وغير التاجر سواء؛ لأن الجنائية غير داخلة تحت الإذن؛ لأنها ليست بتجارة، وما ليس بتجارة، فالتاجر في ذلك وغير التاجر سواء.

(١) هكذا في "ظ" و"ف" و"م"، وكان في الأصل: جعل.

(٢) هكذا في الأصل و"ظ"، وكان في غيرهما: فحصل.

وهذا بخلاف المكاتب إذا أقر بالجنابة خطأ، فإنه يصح إقراره؛ لأن موجب جنابته في كسبه، وإقراره في أكسابه صحيح حتى لو لم يقض القاضى بشيء حتى عجز ورد في الرق بطل إقراره؛ لأن حقه في كسبه قد بطل بالعجز، فلو بقى^(١) حكم إقراره لزم المولى موجب جنابته بإقراره وإنه لا يجوز - والله أعلم -.

١٩٢٨٤ - قال محمد رحمه الله في "الجامع الصغير": رجل قال لعبده: إن قتلت فلاناً، أو رميته، أو شججته، فأنت حر، ففعل العبد ذلك، فهو حر يصير المولى مختاراً للقاء، وعلى قول زفر رحمه الله: إن المولى عجز عن الدفع بصنع، وجد من المولى قبل جنابة العبد، فوجب أن لا يصير بذلك مختاراً قياساً على ما لو دبر قبل الجنابة، وقياساً على ما لو قال لعبده: إن دخلت الدار، فأنت حر، ثم دخل الدار بعد الجنابة والمولى عالم بها، حتى عتق العبد لم يصير المولى مختاراً، وكان عليه الأقل من قيمته ومن الأرش، فكذا هنا، وإنما قلنا: ذلك لأن العبد عتق باليمين لا بالشرط، واليمين وجد قبل الجنابة، ولهذا قالوا فيمن قال لعبده: إن دخلت الدار، فأنت حر، ثم قال لامرأته: إن أعتقت عبدي، فأنت طالق، فدخل العبد الدار، لا تطلق امرأته؛ لأن إعتاق العبد الذي هو شرط وقوع الطلاق وجد قبل اليمين بالطلاق باعتبار اليمين، والأيمان تقتضى شروطاً في المستقبل لا فيما مضى.

ويمثله لو قال بعد الحلف بالطلاق لعبده: إن دخلت، فأنت حر، فدخل الدار حتى عتق طلقت امرأته؛ لأن إعتاق الذي هو شرط وقوع الطلاق وجد بعد اليمين بالطلاق باعتبار اليمين والشرط جميعاً، ولا يقال: بأن المعلق بالشرط عند وجود الشرط يجعل والمرسل، ولو أعتق بعد الجنابة وهو عالم بها صار مختاراً، فكذا هذا؛ لأن هذا يشكل بمسألة الدخول، فإنه لم يجعل عند الدخول كأنه أعتق إذ لو اعتبر هكذا صار مختاراً كما لو أعتقه بعد الدخول وهو عالم بالجنابة.

وأما علماءنا الثلاثة ذهبوا إلى أن المولى أعتق العبد الجاني بعد الجنابة من كل وجه وهو عالم بالجنابة، فيصير مختاراً قياساً على ما لو أنشأ عتقاً بعد الجنابة وهو عالم بها،

(١) هكذا في "ظ"، وكان في الأصل و"ف": "فلو بطل"، وفي "م": "فلو بطل بالعجز حكم إقراره".

وإنما قلنا : إنه أعتق بعد الجنابة من كل وجه ؛ لأنه علق العتق بجنابة العبد ، فصار معتقاً له بعد الجنابة لامحالة ، وكان هذا بمنزلة من قال لامرأته : إذا مرضت مرضاً أموت فيه فأنت طالق ثلاثاً ، ثم مرض مرضاً مات فيه صار فاراً كما لو طلقها بعد المرض ؛ لأنه علق الطلاق بالمرض ، فصار مطلقاً لها بعد المرض من كل وجه ، وكذلك إذا قال المولى لعبده : إذا مرضت مرض الموت ، فأنت حر ، ثم مرض مرضاً مات فيه عتق من ثلث ماله كما لو أنشأ العتق بعد المرض بخلاف لو قال قبل الجنابة لعبده : إن دخلت الدار ، فأنت حر ، ثم دخل الدار بعد الجنابة ، فإنه لا يصير مختاراً ؛ لأنه لم يصير معتقاً له بعد الجنابة من كل وجه ، لأنه علق العتق بالدخول لا بالجنابة ، والدخول قد يوجد قبل الجنابة وبعدها ، فلم يصير مختاراً بخلاف ما نحن فيه .

قال الشيخ الإمام الأجل شيخ الإسلام في "شرح ديات الأصل" : هذا إذا علق العتق بضرب يوجب المال ، أما إذا علق بضرب يوجب القصاص بأن قال : إن ضربت بالسيف ، فأنت حر ، فإنه لا يلزم المولى شيء لا القيمة ولا الفداء ؛ لأننا نجعل المولى معتقاً له بعد الجنابة وهو عالم بها ، إلا أنه لو أعتقه بعد الجنابة وهو عالم بها والجنابة موجبة للقصاص لا يصير مختاراً للفداء ؛ لأنه لا فداء عليه متى كانت الجنابة موجبة للقصاص ، ولا يضمن قيمته ؛ لأنه لم يستهلك حق ولى الجنابة بالإعتاق ؛ لأنه حق ولى الجنابة فى الدم ، والدم باقى بعد الإعتاق بخلاف ما لو علق العتق بضرب يوجب المال .

ثم إن محمداً رحمه الله ذكر فى هذا الكتاب الشجة ولم يذكر الموت ، وذكر فى كتاب الديات من "الأصل" الشجة والموت جميعاً ، ولا فرق بينهما ؛ لأن نفس الشجة جنابة ، فهو أضاف العتق إلى حالة الجنابة ، فيكون مختاراً للدية إن مات ، والأرض إن لم يميت .

وذكر فى هذا الكتاب الرمى ، ولم يذكر الرمى فى ديات "الأصل" ، ولولا هذه الرواية لكان لقائل أن يقول : بأن فى الرمى لا يصير مختاراً ؛ لأن نفس الرمى ليس بجنابة ؛ لأنه قد لا يصيبه ، فلم يضاف العتق إلى حالة الجنابة ، فينبغى أن لا يصير مختاراً للفداء ، والوجه فى ذلك أن يقول : بأن المراد من الرمى المذكور فى الكتاب الرمى مع الإصابة ، فإنه قال : رميتك ، وإنه يذكر فى الرمى مع الإصابة ، وفى الرمى بلا إصابة

يقال : رمى .

قلنا : والرمى مع الإصابة جنائية ، فكان مضيئاً العتق إلى ما هو جنائية ، فيصير مختاراً للفداء لهذا -والله أعلم- .

قال محمد رحمه الله في الكتاب : رجل قطع يد عبد رجل عمداً ، فأعتقه المولى ، ثم مات العبد من ذلك ، فإن كان للعبد ورثة غير المولى ، فلا قصاص فيه ، ولكن ينبغى أن تجب الدية ، وإن لم تكن له ورثة غير المولى يقتص منه عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله ، وعند^(١) محمد رحمه الله : لا قصاص فيه أيضاً ، وعلى القاطع أرش اليد ، وما نقصه القطع إلى أن أعتقه ، ويبطل الفضل .

أما الفصل الأول : وهو ما إذا كان له ورثة سوى المولى إنما امتنع وجوب القصاص لاشتباه المولى ، فإن باعتبار ابتداء الجنائية يجب القصاص للمولى ؛ لأن الجنائية وجدت في ملكه ، وباعتبار انتهاء الجنائية وهو حالة الموت يجب للورثة ؛ لأنه حر في تلك الحالة ، وفي الجنايات قد تعتبر الحالة الأولى ، وقد تعتبر الحالة الثانية ، وقد تعتبر الحالتان جميعاً ، فاشتبه ولي القصاص ، وهذا الاشتباه لا يرتفع ، وإن اجتمع المولى مع ورثة العبد ؛ لأن المستحق مجهول ، وإثبات ولاية الاستيفاء للمجهول لا يصح .

وأما الكلام في الفصل الثاني : محمد رحمه الله يقول : اشتبه سبب الاستحقاق ؛ لأن باعتبار ابتداء الجنائية سبب الاستحقاق الملك ، وباعتبار الانتهاء سبب الاستحقاق ، الولاء ، والعصوبة والحكم لا يثبت بسبب مجهول ، فألحق اشتباه سبب الولاية باشتباه المولى ، فصار كما لو كان القطع خطأ ، وباقى المسألة بحالها لا تجب قيمة النفس ، وإنما يجب أرش اليد ، وما نقصه القطع إلى أن أعتقه ، كذا هذا ، هما يقولان : إن المستوفى القصاص هو المولى على كل حال ، وهو معلوم ، واشتباه السبب لا يمنع الاستحقاق هنا ؛ لأنه لا يفضى إلى المنازعة بخلاف جهالة المستحق ؛ لأنها مفضية إلى المنازعة .

فالحاصل أن عند اشتباه المولى إجماع أنه لا يجب ، وعند اشتباه السبب اختلاف بخلاف ما إذا كان القطع خطأ ؛ لأن العتق قاطع سرية الجنائية إذا كانت خطأ لتبديل المستحق حال ابتداء جنائية المولى ، وحال سرية العبد وتبديل المستحق بقطع السرية ، أما

(١) هكذا في "ظ" ، وكان في الأصل و"ف" و"م" : "قال" مكان "عند" .

إذا كان العبد فالعتق لا يمنع السراية؛ لأنه لا يبدل المستحق؛ لأن المستحق في الحالين واحد وهو العبد، وإنه في حق القصاص مبنى على أصل الحرية، وإنما يستوفى المولى بطريق الخلاف عنه، وإذا لم يكن له وارث آخر لم يتبدل المستوفى، فلم يتبدل المستحق فيستوفى، وفي الأصل إذا جرح العبد رجلاً جراحة، ثم إن المجنى عليه خاصم المولى، فخير القاضى، فاختار عبده، وأعطى الأرش، ثم انتقضت الجراحة، ومات المجنى عليه، فالقياس أن يكون هذا اختيار منه للدية، وهذا قول أبى يوسف رحمه الله الآخر.

وفي الاستحسان: أن لا يكون اختيار للدية، ويخير المولى خياراً مستقبلاً، وإن شاء، دفعه وأخذ ما أعطاه، وإن شاء فداه، وهو قول أبى يوسف رحمه الله الأول وهو قول محمد رحمه الله، وكان أبو يوسف رحمه الله يقول أولاً: بالاستحسان، ثم رجع إلى القياس، وقال: بأن عليه الدية.

قالوا: وهذا من المسائل التى رجع أبو يوسف رحمه الله فيها من الاستحسان إلى القياس، وهى ثلاث مسائل: أحدها: هذه، والثانية: وهو أن الرهن بمهر المثل، هل يصير رهناً بالمتعة، إذا ورد الطلاق قبل الدخول؟ فالقياس أن لا يصير رهناً بالمتعة محبوساً به، وهو قول أبى يوسف رحمه الله الآخر، وفي الاستحسان: يصير رهناً، وهو قول أبى يوسف رحمه الله الأول وهو قول محمد رحمه الله.

والثالثة: مسألة ذكرها في كتاب الصلاة وغيرها، وهو أن المصلى إذا تلا آية السجدة فى الركعة الأولى وسجدها، ثم تلا تلك السجدة بعينها فى الركعة الثانية، هل يلزمه أن يسجد أخرى؟ فالقياس أن لا يسجد لها أخرى، وهو قول أبى يوسف الآخر، وفى الاستحسان: يسجد لها أخرى، وهو قوله الأول وهو قول محمد رحمه الله.

وأما وجه القياس فى مسألة الديات وهو قول أبى يوسف رحمه الله الآخر ظاهر، وهو أنه اختار أرش الجراحة، فيكون مختاراً لأرشها، ولا يحدث ههنا قياساً على ما لو قال: عفوتك عن الجراحة، وعما يحدث منها على قولنا، حتى إذا مات المجروح من ذلك لا يكون على الجراح شيء عند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله، كذا هذا، والدليل عليه ما لو أعتق العبد وهو عالم بالجراحة، ثم انتقضت الجراحة كان مختاراً للدية؛ لأنه لما أعتق وهو عالم بالجنائية اختار أرش الجراحة، فصار مختاراً لأرش الجراحة

ولما يتولد منها، كذا هنا .

وأما وجه الاستحسان في ذلك : أن المولى إنما اختار أرش الجراحة بناء على تخيير القاضى ، فإن محمداً وضع المسألة فيما إذا خير القاضى المولى ، فاختار أرش الجراحة ، وتخيير القاضى قد بطل لما مات المجروح من الجراحة ؛ لأنه ظهر أنه خيرته قبل البرء ، وتخيير القاضى قبل البرء باطل ، وإذا بطل تخيير القاضى بطل اختيار المولى الذى كان بناء عليه ؛ لأن ما ابتنى على شىء يكون تابعاً له ، فإذا بطل الأصل بطل التبع ، وإذا بطل اختيار المولى صار وجود الاختيار وعدمه بمنزلة ، فكأنه لم يخير شيئاً ، ولو لم يكن اختار شيئاً حتى مات العبد ، فإنه يخير إن شاء دفع العبد ، وإن شاء فداه بالدية ، فكذا هذا .

وليس هذا كما لو عفا عن الجراحة ، فإنه يكون عفواً عنها ، وعما يحدث منها ؛ لأن عفو المجنى عليه هناك ما كان مبنياً على أمر باطل حتى يقال : إذا بطل المبنى عليه يبطل البناء ، وإنما كان عفواً مبتدأً عن الجراحة ، والعفو عن الجراحة عفو عنها ، وعما يحدث منها عندنا .

فأما فى مسألتنا هذه تخيير المولى إنما كان بناء على تخيير القاضى ، وقد بطل تخيير القاضى ، فيبطل ما ابتنى عليه قياس مسألتنا من مسألة العفو أن لو قال : اخترت أرش الجراحة ابتداء من غير تخيير القاضى ، وهناك إذا مات المجروح عن الجراحة ، فيصير مختاراً للنفاء عند محمد رحمه الله ، وليس كالعتق ؛ وذلك لأن اختيار الأرش ، إنما ثبت بناء على العتق ؛ لأن الاختيار إنما ثبت فى ضمن العتق ، والعتق لم يبطل بموت المجروح ؛ لأن العتق بعد وقوعه مما لا يحتمل النقص ، فلا يبطل ما ابتنى عليه من الاختيار بخلاف ما نحن فيه إلا أن أبا يوسف رحمه الله رجع إلى القياس لقوة وجه القياس ، وذلك لأن اختيار المولى كان بناء على تخيير القاضى إلا أنه لم يبتنِ عليه ؛ لأن اختيار المولى صح من غير تخيير القاضى ، وإذا كان صحيحاً من غير اختيار القاضى ، صار كأنه اختار أرش الجراحة من غير تخيير القاضى ، ولو اختار من غير تخيير القاضى ، ثم مات المجنى عليه ، لم يبطل الاختيار ، كذا هنا .

١٩٢٨٥- قال محمد رحمه الله فى " الجامع الصغير " : أمة مأذونة استدان ، ثم

ولدت يباع الولد معها فى الدين ، ويسرى الدين إلى الولد ، ولو جنت جناية ، ثم ولدت

لا يدفع معها بالجناية، ولا تسرى الجناية إلى الولد، وقد ذكرنا الفرق قبل هذا.

١٩٢٨٦- قال محمد رحمه الله في "الجامع الصغير": مكاتب جنى، ثم عجز، وردّه فى الرق، فإنه يخير مولاه بين الدفع والفداء، وقد مرت المسألة أيضاً.

١٩٢٨٧- قال محمد رحمه الله في "الجامع الصغير": عبد لرجل زعم رجل أن مولاه أعتقه، فقتل العبد ولدًا لذلك الرجل خطأ، فلا شئ عليه، هذا هو لفظ هذا الكتاب، وفى الأصل يقول: إذا جنى العبد جناية، وأقر ولى الجناية أن العبد حر، وجعل المسألة على ثلاثة أوجه: إما إن أقر ولى الجناية أن العبد حر الأصل، أو أقر أنه حر، أو أقر أن مولاه أعتقه، فإن أقر أنه حر الأصل، فلا ضمان لولى الجناية لا على العبد، ولا على المولى، أما لا ضمان له على المولى لأنه زعم أن وقت الجناية كان حرًا، ولم يكن مملوكًا للمولى، وموجب جناية الحر على غيره حالة الخطأ لا تجب إلا بحكم العقل، فقد أقر ببراءة المولى، وادعى الضمان على العبد وعلى عاقلته، ولم يثبت ما ادعى لما لم يصدقه فى ذلك، وبقي العبد مملوكًا على حاله؛ لأن إقراره بالحرية حصل وهو أجنبي من العبد، فلم يصح إقراره كمن أقر بحرية عبد الغير من الأصل، وكذبه المولى فى ذلك، فإن العبد يبقى مملوكًا على حاله، فكذلك هذا.

وكذلك الجواب إذا أقر أنه حر؛ لأن الإقرار بحرية مطلقة إقرار بالحرية من الأصل؛ لأن مطلق الاسم ينصرف إلى الكامل، والكامل من الحرية أن يكون حر الأصل، فكل جواب عرفته ثمة، فهو الجواب هنا.

فأما إذا أقر أنه أعتقه المولى إن أقر أنه أعتقه قبل الجناية، فالجواب فيه كالجواب فيما إذا أقر أنه حر الأصل؛ لأنه زعم أنه كان حرًا وقت الجناية ولم يكن مملوكًا للمولى.

وإن أقر أنه أعتقه بعد الجناية، فقد أقر ببراءة العبد، وادعى على المولى الفداء، إن ادعى أنه لم يكن عالمًا ادعى على المولى ضمان القيمة، وأنكر المولى ما ادعى عليه من ضمان الفداء أو القيمة، فيكون القول قول المولى مع يمينه، وعلى ولى الجناية إقامة البينة؛ لأنه ادعى عليه دعوى صحيحًا، وفى المسألتين الأوليين لا يدعى على المولى ضمانًا، فلا يكون بين ولى الجناية وبين المولى خصومة، ويكون العبد رقيقًا على حاله؛ لأنه أقر بحريته والعبد ملك الغير، هذا إذا كان الإقرار من ولى الجناية قبل الدفع، فأما

إذا كان الإقرار من ولى الجنایة بعد الدفع إليه إن أقر أنه حر الأصل أو أقر أنه حر لم يكن له على المولى سبيل ولا على العبد، إلا أن العبد يعتق؛ لأن الإقرار بحرية الأصل حصل والعبد فى ملكه، ولا يكون لأحد على العبد ولاء^(١)؛ لأن ولى الجنایة زعم أنه لا ولاء له، ومولى العبد زعم أن الولاء للمولى إلا أن المولى يبرأ من ذلك.

وإن أقر أنه كان أعتقه قبل الجنایة فإنه يحكم بحريته؛ لأنه أقر بحريته والعبد فى ملكه ويكون ولاءه موقوفاً؛ لأنه أقر بولاءه لمولى العبد، ومولى العبد يبرأ من ذلك، وأقر بولاءه لولى الجنایة، فإنه زعم أنه عتق من جهته، فيكون ولاءه موقوفاً فى هذا الفصل - والله أعلم -.

١٩٢٨٨ - قال محمد رحمه الله فى "الجامع الصغير": رجل قال لعبدین له: أحدكما حر، ثم جاء رجل، وشج كل واحد من العبدین شجة، أو قطع يد العبدین، يجب علیه أرشهما للمولى، ويجب أرش الرقيق لأرş الحر، ولو قتلها جميعاً يجب قيمة عبد ودية حر، وإن كان القاتل اثنين يجب عليهما قيمة عبدین.

وحاصل هذا الفرق يرجع إلى معرفة صفة البيان فى الإيجاب المبهم، فنقول: صفته أنه إنشاء من وجه إظهار من وجه؛ لأن الإيجاب نازل من وجه دون وجه؛ لأن قوله: أحدكما حر نكرة فى الأصل؛ لأن أحدًا اسم نكرة معرفة باعتبار الإضافة؛ لأنه أضافه إليهما وهما معرفان، والإضافة إلى المعرف معرفة، فكان نكرة من وجه معرفة من وجه، فكان الإيجاب المبهم نازلاً من وجه دون وجه، فكان البيان إنشاء من وجه إظهار من وجه، وكل تصرف يبطل به محلية الإنشاء داخل بأحدهما يوجب تعيين الآخر للعتق؛ لأنه لا يتصور البيان بعده بوصفين، بوصف أنه إنشاء، وبوصف أنه إظهار، والمشروع بوصفين لا يقوم بوصف واحد.

وعن هذا قلنا: إنه إذا مات أحدهما، أو باع المولى أحدهما، أو وهب أو تصدق، أو وطى إحدى الجاريتين بتعين الآخر للمعتق؛ لأن البيان يتصور بعده بوصفين: بوصف أنه إنشاء، وبوصف أنه إظهار، وبقطع اليد والشجة لا يفوت محلية الإنشاء، فلا يتعين أحدهما للعتق، بل يبقى منكراً، ألا ترى أن بعد هذا القطع يجبر

(١) وفى م "سبيل" مكان "ولاء".

المولى على البيان ، وإذا قطع يدهما ، فقد قطع عبد كل واحد منهما ، وكل واحد منهما عبد بعينه ، فيجب قيمة اليدين ، ويجب للمولى ؛ لأن المعتق ليس بمعين حتى يجب له ، وإذا بين العتق ، وثبت العتق لا يظهر فى حق البيان ، فيبقى الأرش سالماً للمولى ، فأما إذا قتلها جميعاً فبالقتل يفوت محليه البيان فلا بد ، وأن يتقدم زهوق أحدهما على الآخر ، وعند ذلك يتعين الحى للحرية ، فصار قاتلاً عبداً وحرّاً ، فتجب قيمة عبد ودية حر ، وإن قتلها رجلان ، وكل واحد قتل شخصاً معيناً ، والمعين ليس بحر أصلاً ، فيجب عليه قيمة العبد - والله أعلم - .

١٩٢٨٩ - قال محمد رحمه الله فى " الجامع الكبير " : وإذا قال الرجل لعبدين له فى صحته : أحكما حر ، ثم إن أحدهما قتل رجلاً خطأ ، فالقاضى يخير المولى على البيان ؛ لأن الجنائية لم تبطل ملكه ولا خياره ، فإن أوقع العتق على غير الجانى خير فى الجانى بين الدفع والفداء ؛ لأن الجانى صار خالصاً بحكم الجنائية ، وحكمها التخيير بين الدفع والفداء وإن أوقع العتق على الجانى صار مختاراً للفداء فى الجانى ؛ لأنه قادر على إيقاع العتق على غير الجانى ، فصار بإيقاع العتق على الجانى معجزاً نفسه عن الدفع عن اختيار مع العلم بالجنائية ، فصار مختاراً للفداء كما لو ثبت العتق فى الجانى ابتداءً مع العلم بالجنائية .

وفرق بين هذا وبينما إذا باع عبداً على أنه بالخيار ثلاثة أيام ، فجنى العبد فى يد البائع جنائية موجبة للمال فى مدة الخيار ، بأن قتل رجلاً خطأ ، فأجاز البائع البيع فيه مع العلم بالجنائية لم يصير مختاراً للفداء وإن أعجز نفسه عن الدفع مع العلم بالجنائية به .

والفرق وهو أن التصرف المعجز عن الدفع إنما يجعل اختياراً للفداء إذا صدر التصرف عن اختيار ، وهناك البائع غير مختار فى الإجازة ، بل هو مضطر فيه ليتوصل إلى الثمن متى وجد البيع أنظر فى حقه ، وكذلك المشتري محتاج إلى رفع العقد بالفسخ ليتخلص عن الحق متى ظهر أن السلعة لا تصلح له ، فكان مضطراً فى ذلك ، والتصرف الصادر عن اضطرار لا يكون دليل اختيار الفداء كما لو أكرهه السلطان على بيع العبد الجانى ، أما هنا كان متمكناً من إيقاع العتق على غير الجانى من غير أن يلحقه ضرر ، فصار بإيقاع العتق على الجانى عن اختيار مختار للفداء فى الجانى ؛ لما مر .

ولو كان كل واحد من العبدین قتل رجلاً خطأ بعد العتق المبهم، ثم أوقع المولى العتق على أحدهما بعينه يخير بين الدفع والفداء فى العبد الآخر، وعليه قيمة العبد الذى أوقع فيه لولى الجناية يريد به إذا كانت قيمته أقل من الدية، ولم يصير مختاراً للفداء يصرف العتق إلى الجانى بخلاف المسألة الأولى.

والفرق أن فى المسألة الأولى قادر على صرف العتق إلى غير الجانى، فصار بصرف العتق إلى الجانى عن اختيار مع العلم بالجناية مختاراً للفداء، أما هنا لا يقدر على صرف العتق إلى غير الجانى؛ لأن كل واحد من العبدین جانى، فكان مضطراً فى صرف العتق إلى الجانى، وهذا لا يصلح دليلاً على اختيار الفداء، ومتى لم يصير مختاراً للفداء صار مستهلكاً للعبد؛ لأنه أعجز نفسه عن الدفع على وجه لم يصير مختاراً للفداء فصار مستهلكاً، والاضطرار^(١) لا يمنع حكم الاستهلاك، فيلزم الأقل من قيمته ومن الدية، كما لو باع المولى العبد الجانى، ولم يعلم بالجناية.

١٩٢٩- فرق بين هذا وبينما لو طلق إحدى امرأته فى صحته ثلاثاً، ثم مرض مرض الموت، فأجبر على البيان، فأوقع ذلك على أحدهما، فإنه يصير فاراً، وإن كان مضطراً فى البيان.

والفرق وهو أن حكم الفرار إنما يثبت باعتبار الظلم بإبطال حق المرأة، وكون الإبطال ظلماً يعتمد العصمة، وكونه مضطراً فى إبطال حق الغير لا يبطل العصمة، ولهذا المضطر لو أتلف ما لا معصوماً للغير ضمنه، فإذا بقيت العصمة بعد الضرورة، كان الإبطال ظلماً، فثبت حكم الفرار، فأما فيما نحن فيه فلم يوجد منه تصرف العتق إلى هذا العبد الذى أوقع العتق فيه، إلا بتفويت الموجب الأصلى وهو الدفع، وذلك ليس بظلم منه، ووجوب الدية عند اختيار الفداء ليس لكونه ظلماً بل لاختياره ذلك، والاضطرار مما ينافى الاختيار، فلم يصير مختاراً للفداء.

وكذلك لو كانت جناية أحد العبدین قطع يد وجناية الآخر قتل نفس خطأ كان الجواب كما قلنا؛ لأنه مضطر فى صرف العتق إلى الجانى؛ لأنه لا يقدر على أن يصرفه

(١) وفى ظ "الإضرار".

إلى غير الجاني، ولا ينظر إلى الأقل والأكثر هنا؛ لأن الإنسان قد^(١) يمنع من اختيار الأرض لأحدهما، وإن كان حقه أقل من حق الآخر لعلمه بخصومته، ولأنه لا يسامحه في ذلك، وقد يسامحه حتى يكون حقه أكثر، فإذا لم ينظر إلى التفاوت كان هذا وما لو أنفق أرش الجناية على السواء. ولو قال في صحته لعبدین له قيمة كل واحد منهما ألف: أحدهما حر، ثم قتل أحدهما رجلاً خطأ، ثم مات المولى قبل البيان عتق من كل واحد منهما نصفه، وسعى كل واحد منهما في نصف قيمته؛ لأن البيان قد فات بموت المولى، والعتق المبهم يشيع بفوت البيان، وللمجنى عليه في مال المولى قيمة الجاني يريد به، إذا كانت قيمته أقل من الأرض تعتبر من جميع ماله، ولا يصير المولى مختاراً للفداء؛ لأن نزول العتق في نصف الجاني لشيوع العتق فيهما عند فوت البيان، ليس في صنع المولى، ولا يتحقق الاختيار بدون صنعه لكن تعذر دفع الجاني بنفوذ العتق في نصفه، وذلك مضاف إلى الكلام السابق الحاصل منه قبل الجناية، ولهذا اعتبر العتق من جميع المال، فكان الامتناع عن الدفع مضافاً إلى صنعه صنعا لا يصلح دلالة اختيار الفداء لاستحالة أن يصير الكلام الموجود قبل جناية العبد دليل اختيار الفداء، ولما كان امتناع دفع العبد مضافاً إلى صنعه على وجه لم يصير مختاراً للفداء صار مستهلكاً للعبد، فيلزمه حكم الاستهلاك، ويكون ذلك من جميع ماله؛ لأنه لزمه بسبب معاین وجد منه حالة الصحة، ولو لزمه بسبب معاین في حالة المرض يستوفى من جميع ماله، فهذا أولى.

ولو كان كل واحد من العبدین قتل رجلاً خطأ، والمسألة بحالها سعى كل واحد من العبدین في نصف قيمته، ولكل واحد من المجنى عليه في مال المولى قيمة العبد الذي جنى عليه، ولم يصير المولى مختاراً للفداء؛ لأن في هذه المسألة لو أوقع المولى العتق على أحدهما لم يصير المولى مختاراً للفداء لكونه مضطراً في ذلك، فلأن لا يصير مختاراً للفداء هنا، وقد شاع العتق بغير فعله كان أولى.

١٩٢٩١- وهذا الذي ذكرنا كله إذا أوقع المولى العتق المبهم على أحد عبديه قبل الجناية، أما إذا كان إيقاع العتق المبهم بعد الجناية، فقال رجل له عبدان: قيمة كل واحد

(١) وكان في ظ "قلما" مكان "قد".

منهما ألف، فقتل أحدهما قتيلاً خطأ، ثم قال المولى فى صحته : أحدكما حر وهو عالم بالجناية، ثم مات المولى قبل البيان عتق من كل واحد منهما نصفه، وسعى كل واحد منهما فى نصف قيمته، ويصير المولى مختاراً للفداء فى الجانى؛ لأن المولى عند ترك البيان فى هذه المسألة، صار معتقاً نصف الجانى بإعتاق وجد منه بعد الجناية مع العلم بالجناية، والإعتاق بعد الجناية مما يصلح اختياراً للفداء فصار مختاراً للفداء إذ عتق البعض عتق الكل فى حق اختيار الفداء سواء بخلاف المسألة الأولى؛ لأن هناك يصير معتقاً نصف الجانى بإعتاق^(١) وجد منه قبل الجناية، وهذا لا يصلح دليل اختيار الفداء، أما هنا بخلافه.

ثم إذا صار مختاراً للفداء، فمقدار القيمة يعتبر من جميع المال؛ لأن هذا القدر كان واجباً عليه من غير اختياره على وجه لا محيص له عنه؛ لأنه كان يدفعه، أو يفديه لامحالة، فأما الفضل على ذلك إلى كمال الدية، فإنما لزمه باختياره، وهو ترك البيان بغير عوض، فكان بمنزلة التبرع، وقد حصل حالة المرض، فيعتبر من الثلث.

١٩٢٩٢- فرق بين هذا وبينما إذا قال الرجل لغيره فى صحته : ما ذاب لك على فلان، فهو على، ثم ذاب والكفيل مريض، فذاك يعتبر من جميع المال. والفرق وهو أن الكفالة وإن كان تبرعاً إلا أنها نفذت فى حالة الصحة ولزمت، ولهذا لا يقدر الكفيل على إبطالها قبل أن يذوب من غير رضا المكفول به.

وإذا نفذ هذا التبرع فى حالة الصحة، صار هذا بمنزلة مال واجب فى حال الصحة، فيعتبر من جميع المال، فأما هنا قوله : أحدكما حر مع العلم بالجناية لم يقع اختياراً نافذاً لازماً، فإن للمولى أن يصرف هذا الكلام إلى غير الجانى، وإنما يصير اختياراً للفداء نافذاً حين أيسر عن البيان، وذلك فى آخر جزء من أجزاء حياته، فكان الاختيار منه موجوداً فى حالة المرض، واعتبر من الثلث، فهذا افتراقاً.

وإن جنى كل واحد من العبدین جناية وباقي المسألة بحالها، سعيًا على الوجه الذى وصفنا، وصار مختاراً للفداء فى الجانبين؛ لأنه صار معتقاً نصف كل واحد منهما بكلام وجد منه بعد جنايتهما مع علمه بجنايتهما، وإعتاق البعض فى حق اختيار الفداء

(١) هكذا فى ظ، وكان فى غيرها "اعتبار".

بمنزلة إعتاق الكل ، ولكن يجب دية واحدة في مال المولى وقيمة أحد العبدین ، ويكون ذلك من جميع المال وما زاد على القيمة إلى تمام الدية الأخرى ، تعتبر من ثلث المال ، وإنما كان هكذا ؛ لأنه لما قال في حالة الصحة : أحدكما حر وقد جنى كل واحد من العبدین جناية ، صار مختار الجناية أحدهما لامحالة إلى أيهما صرف العتق ، ونفذ هذا الاختيار منه في حالة الصحة ، وتوقف نفاذ اختياره في حق الآخر ، فإذا بلغ آخر جزء من أجزاء حياته ، ووقع اليأس عن البيان وصار معتقاً نصف كل واحد منهما لكلام وجد منه بعد الجناية صار مختاراً للفداء في حق الآخر في آخر جزء من أجزاء حياته ، فصار متبرعاً بما زاد على القيمة إلى تمام الدية ، فيعتبر ذلك من ثلث المال ، ثم ما وجب من جميع المال ، وما وجب من ثلث المال يكون بين وليي الجناية نصفين ، إذ ليس أحدهما أولى من الآخر .

١٩٢٩٣- قال في "الجامع" : رجل له عبدان سالم وبديع ، فقتل سالم رجلاً خطأ في صحة المولى ، فقال المولى : أحدكما حر ، ثم قتل بديع رجلاً آخر في صحة المولى ، ثم مات المولى قبل البيان عتق من كل واحد منهما نصفه ، وسعى كل واحد منهما في نصف قيمته ، ولزم المولى الفداء في قتل سالم ؛ لأنه صار معتقاً نصفه عند شيوع العتق فيهما بإعتاق وجد منه بعد جناية سالم مع العلم بالجناية ، وهذا منه اختيار للفداء إلا أن قدر قيمة سالم من الدية تعتبر من جميع المال ، وما زاد على ذلك إلى تمام الدية ، يعتبر من الثلث ؛ لأن ما زاد على قيمة سالم ، إنما يلزمه باختياره الفداء لترك البيان في آخر جزء من أجزاء حياته ، فيعتبر من الثلث ، ولم يلزمه الفداء في قتل بديع ؛ لأنه أضاف عتق البعض بإعتاق موجود قبل جنايته ، وهذا لا يصلح لاختيار الفداء على ما مر ، لكن عجز عن دفع بديع بحكم شيوع العتق فيهما بإعتاق لا يصلح لاختيار الفداء في حق بديع ، فيصير به مستهلكاً لبديع ، فيجب قيمة بديع ، ويعتبر من جميع المال ؛ لما مر .

ولو أن المولى لم يميت ، ولكن المولى أوقع العتق على سالم ، صار مختاراً للفداء في قتل سالم ؛ لأن عند البيان صار معتقاً إياه بكلام وجد منه بعد جناية البديع ، وهو دليل على اختيار الفداء ، وإن أوقع المولى العتق على بديع ، فعليه قيمة البديع ؛ لأنه لما بين العتق فيه صار معتقاً له لكلام وجد منه قبل جنايته ، فلا يجوز أن يصير به مختاراً

للفداء ، ولا يصير مختاراً للفداء بالبيان لكونه مضطراً في البيان ، فإنه لا يتخلص عن ضمان الجنایة إلى أيهما صرفه ، وإذا لم يصير مختاراً للفداء في حق بديع ، صار مستهلكاً له ، فيلزمه قيمته .

١٩٢٩٤- قال محمد رحمه الله في "الجامع الصغير" : عبد لرجل أعتق ، فقال لرجل : قتلت أخاك خطأ وأنا عبد ، فقال المقر له : لا ، بل قتلته وأنت حر ، فالقول قول العبد إذا علم أنه كان عبداً معروفاً فأعتق ؛ لأن العبد أقر بقتل مضاف إلى حالة معهودة ، وتجب هذه الإضافة إنكار الضمان ؛ لأن القتل خطأ في حالة الرق لا يوجب الضمان على العبد بحال من الأحوال ، وقول الإنسان مقبول في إنكار الضمان ، فكذا في إضافة تحتها إنكار الضمان ، وإذا قبل قوله في الإضافة والقتل في تلك الحالة لا توجب الضمان على العبد كان هو بهذه الإضافة منكراً للضمان ، والقول قول المنكر - والله أعلم - .

١٩٢٩٥- قال فيه أيضاً : وإذا أعتق الرجل أمتة ، ثم قال لها : قطعت يدك ، وأنت أمتى ، وقالت : لا ، بل قطعتها بعد ما أعتقتني ، فالقول قولها في قول أبي حنيفة رحمه الله وأبي يوسف رحمهما الله ، وعلى المولى أرش اليد .

وقال محمد رحمه الله : القول قول المولى ، ولا شيء عليه ، ذكر المسألة هنا في الأمة .

وفي "الزيادات" ذكرها في العبد ، وعلى هذا الاختلاف إذا قال : أخذت منك ألف درهم من كسبك وأنت عبدى ، وقال العبد : لا ، بل أخذته بعد العتق .

وعلى هذا الاختلاف إذا أسلم الحربى أو صار ذمياً ، فقال له رجل مسلم : قطعت يدك وأنت حربى ، أو أخذت مالك كذا وكذا فأنت حربى في دار الحرب ، فقال الحربى : لا ، بل فعلت بعد ما أسلمت ، أو قال : بعد ما صرت ذمة في دار الإسلام فعلى قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله القول قول الحربى ، والمسلم ضامن ، وعلى قول محمد وزفر رحمهما الله : القول قول المسلم ، ولا ضمان عليه .

وإن أسلم الحربى ، فقال لرجل مسلم : قطعت يدك وأنا حربى في دار الحرب ، أخذت من مالك كذا ، وأنا حربى في دار الحرب ، وقال المسلم : فعلت ما فعلت وأنت مسلم في دار الإسلام ، ذكر في كتاب الإقرار من "الأصل" : أنه على هذا الاختلاف ،

وأجمعوا على أن المال لو كان قائماً في يد المقر في هذه المسائل أن القول قول المقر له، ويؤمر المقر برّد المال عليه .

وأجمعوا على أنه إذا قال للجارية بعد ما أعتقها : وطئتك قبل العتق ، وقالت الجارية : لا ، بل بعد العتق ، أن القول قول المولى ، ولا ضمان عليه .

وأجمعوا على أنه إذا قال لعبده بعد ما أعتقه : أخذت منك ضريبة كل شهر عشرة دراهم وأنت عبدى ، وقال العبد : أخذت ذلك بعد العتق ، فالقول قول المولى ، ولا ضمان عليه .

وأجمعوا على أن من أعتق عبداً له ، ثم قال العبد لرجل آخر : قطعت يدك وأنا عبد ، وقال ذلك الرجل : لا ، بل بعد ما أعتقت ، إن القول قول المقر ، ولا ضمان عليه ، وقد ذكرنا هذه المسألة مع الحجج في كتاب الإقرار من هذا الكتاب - والله أعلم - .

قال محمد رحمه الله في " الجامع الصغير " : عبد قطع يد رجل عمداً ، فدفع العبد إليه بقضاء ، أو بغير قضاء فأعتقه ، ثم مات المدفوع إليه من ذلك ، فالعبد صلح بالجناية ، وإن لم يعتقه رد العبد على مولاه ، ويقال للأولياء : إما أن تقتلوه أو تعفوا ، وهي ^(١) مسألة المعروفة .

وذكر في بعض نسخ هذا الكتاب : هذه المسألة في صورة أخرى ، فقال في رجل قطع يد رجل عمداً ، فصالح القاطع المقطوعة يدع على عبد فدفعه ، وأعتقه المقطوعة يده ، ثم مات في ذلك ، فالعبد صلح بالجناية ، وإن لم يعتقه رد على مولاه ، وقيل للأولياء : إما أن تقتلوا أو تعفوا ، فاتفق الجواب واختلف السؤال ، وهذه المسألة والأولى حجة على أبي حنيفة رحمه الله في مسألة العفو عن الشجة .

قال الشيخ الإمام على البزدوى : وقد أجاب بعضهم بأجوبة فاسدة ، قال بعضهم : المسألة موضوعة في الجناية يعنى الصلح وقع عن الجناية ، لا عن القطع ، وإنما أخذ هذا من قوله العبد صلح بالجناية ، والصلح عن الجناية صلح عن موجب القتل كما هو صلح عن موجب القطع كالعفو إلا أن هذا التأويل باطل ؛ لأنه لو كان كذلك لصح الصلح ، أعتقه ، أو لم يعتقه ، ولما فصل وقال لأولياء القصاص : إذا لم يعتقه ، ولأن هذا

(١) هكذا في ظوم ، وكان في ف " و " مكان " أو " ، وكان في الأصل " وهذه المسألة " .

التأويل باطل .

وقال بعضهم : إن هذا صلح فاسد عند أبى حنيفة رحمه الله ، فأوجب الملك ، فصح إعتاقه ، وهذا فاسد أيضاً ؛ لأن هذا الصلح باطل أصلاً عنده ؛ لأنه لو كان موجباً فاسداً للملك وجب على المعتق قيمة العبد الذى أعتقه رداً للفساد ، وأوجب على الآخر الدية ، ولكان إذا لم يعتقه رد العبد^(١) ، ولا يجب القصاص ؛ لأنه لا بد للفساد من أن يصير شبهة .

والجواب الصحيح أن يقول : بأن الدفع فى المسألة الأولى باطل عند أبى حنيفة رحمه الله ؛ لأنه دفع بالقطع الذى كان موجه الدية أعنى به دية العبد ؛ لأن طرف العبد لا يقطع بطرف الحر ، ولا بطرف العبد عندنا ، ولما سرى إلى النفس ومات ظهر أن القطع السابق كان قتلاً ولم يكن قطعاً ، فظهر أن دية العبد لم يكن واجبة ، وظهر أن الدفع كان باطلاً ، لكن المقطوعة يده إذا أعتقه مع علمه أنه إذا سرى بطل الدفع ، وبطل إعتاقه ، كان ذلك دلالة على ابتداء الصلح عن رقبة العبد بما يحدث تصحيحاً ؛ لما قصده وتحقيقاً له ؛ لأن الظاهر أن العاقل يقصد بكلامه الصحة ، فيجب حمله على الصحة ما أمكن ، والإمكان ثابت من هذا الوجه ، فإنه لو نص على هذا صح إذا رضى المولى ، والمولى راضى دلالة ؛ لأنه لما رضى بدفع هذا القدر من المال بدلاً عن القليل ، ففى كثير أولى ، فيجعل الإعتاق دلالة على ابتداء الصلح من هذا الوجه ، فإذا عدم عدمت هذه الدلالة ، فهذا معنى قول محمد رحمه الله : إن العبد صلح بالجنابة ، وكذلك فى المسألة الثانية إن أعتقه كان دلالة على ابتداء الصلح ، والجانى راضى بذلك دلالة من الوجه الذى مرّ ، فالعقد صلح مبتداً ، فإذا عدم هذا ، فقد عدمت الدلالة .

فإن قيل : الدفع فى المسألة الأولى والصلح فى المسألة الثانية إن بطل بالسراية بظاهره وصورته ، لم يورث شبهة فى القصاص حتى يمنع القصاص .

قلنا : الدفع ليس بتصرف مبتداً ، بل هو تسليم للواجب ، فإذا بطل الواجب بطل التسليم ضرورة ، فلا يبقى ما يورث شبهة ، وأما فى مسألة الصلح فقال بعض مشايخنا : لا يعرف لهذا تأويلاً إلا أن يجعل جواب هذا الكتاب على القياس على قول أبى حنيفة

(١) هكذا فى ظ و ف وم ، وكان فى الأصل "رد العبد صحيح" .

رحمه الله : إنه يجب القصاص .

وفى الاستحسان : يجب الدية كما قال فيمن له القصاص فى الطرف : إذا عفا عن اليد ، ثم مات من ذلك ، فعلى قول أبى حنيفة رحمه الله : يجب على القاتل القصاص قياساً لا يعتبر العفو مورثاً للشبهة ، وفى الاستحسان : تجب الدية دون القصاص يعتبر العفو مورثاً للشبهة ، ففى الصلح يجب أن يكون كذلك ، إذا لا يعرف بينهما فرق .

ومنهم من قال : هذا الصلح لا يورث شبهة عنده ، بخلاف ما إذا وقع العفو عن العبد ، ثم سرى .

والفرق أن هناك الحق كان ثابتاً فى اليد من حيث الظاهر ، فصح عفو من حيث الظاهر ، فبعد ذلك وإن بطل حكماً يبقى موجوداً حقيقة ، ووجوده يكفى لمنع وجوب القصاص ؛ لأنه عقوبة ، والعقوبات يمتنع وجوبها لوجود صورة العفو ، أما هنا الصلح لا يبطل الجناية بل يقررها حيث يصلح عنها على مال ، وإذا كان الصلح لا يبطل الجناية ، بل يقررها لا يمنع وجوب العقوبة ، فيجب القصاص - والله أعلم - .

١٩٢٩٦ - وقال محمد رحمه الله فى الكتاب : فى مكاتب يقتل عبده عمداً لا قود فيه ، وفى المسألة عبارتان يقتل عبده ، ويقتل عبده ، وأما فى الأولى : إنه لا قود فيه ؛ لأن للمكاتب ملك فى كسبه فى حق كل تصرف يحتاج المكاتب إليه لىؤدى بدل الكتابة فيعتق ، ولو كان مملوكاً له من كل وجه لا يجب القصاص عليه بقتل ، فكذا إذا كان مملوكاً له من وجه لحقوقه بالثابت من كل وجه فى باب العقوبات ، هذا إذا قتل المكاتب عبداً من كسبه ، وكذلك إذا قتل غير المكاتب عبداً لمكاتب عمداً لا قود فيه ؛ لأن العبد المقتول من كسب المكاتب مملوك المكاتب من وجه ، ومملوك المولى من وجه حتى لو تزوج المولى أمة من كسب المكاتب لا يجوز ، كالمكاتب ولو تزوج والملك من وجه لا يكفى لثبوت ولاية القصاص ، فلا تثبت ولاية الاستيفاء لا للمكاتب ولا للمولى .

وإن أجمعا عليه لا يملكان أيضاً ؛ لأنه اشتبه المولى ؛ لأنه لا يدرى أن المولى من هو منهما ، وقد نص فى كتاب العتاق فى عبد المكاتب ، أو ابنه يقتل أنه لا قصاص عليه ، وعلل فقال : فإننى لا أدرى أنه للمولى ، أو للمكاتب بيانه ما ذكرنا .

أو نقول : بعبارة أخرى ، فالعبد فى الابتداء ملك المكاتب ، وهو أحق به ليقدر

على أداء بدل الكتابة لحاجته إلى ذلك ، ومع هذا للمولى فيه ضرب حق على خلاف القياس ، والقياس أن لا يكون له حق^(١) إذا لم يكن فاضلاً عن حاجة العبد ، إذ حاجة العبد معتبرة ، وفي الانتهاء صار ملك المولى من وقت وجود الكسب ؛ لأن كان ثابتاً في الكسب بطريق الضرورة مع قيام المنافى وهو الرق والعبودية ، فكان عدماً فيما وراء الضرور ، فإذا قتل العبد عمداً ، وموجبه القود خرج العبد من أن يكون صالحاً لأداء البدل ، فظهر أن الملك لم يكن ثابتاً للمكاتب فيه ؛ لأنه ظهر أن لا تندفع به حاجته إلا أنه لا يعرف هذا إلا باتصال الموت ، فسميناه ثابتاً بطريق الاستناد كمرض الموت ، فهذا بيان قولنا : إنه في الابتداء ملك المكاتب والانتفاء ملك المولى ، فإن اعتبرنا الابتداء تكون الولاية للمكاتب ، وإن اعتبرنا الانتفاء تكون الولاية للمولى ، فإن اعتبرنا كليهما تكون الولاية لواحد منهما ، ولا يدري أن العبرة في هذا الباب للابتداء أو للانتفاء أم لهما جميعاً ، فاشتبه المولى من هذا الوجه ، فلا يمكن إثبات الولاية لا لواحد منهما ولا لهما .

وأما إذا قتل ابنه عمداً فلا قصاص فيه أيضاً ، وإن اجتمعا عليه ؛ لأن ابن المكاتب ملك المولى ، ويكون في معنى العبد مكاتباً للمولى ، فهو ملك الأب في حق المكاسب^(٢) حتى يكون أكساب الابن للأب لا للمولى ، فنزل المكاتب في نظيره العبد المرهون إذا قتل ، فلا قصاص فيه وإن اجتمع الراهن والمرتهن ؛ لأنه في الابتداء ملك الراهن ، لكنه متى قتل ، ووجب به القصاص صار تاوياً ، وصار للمرتهن ؛ لأنه صار مستوفياً للدين حقيقة إذا اتصل به الهلاك عندنا ، فصار ولي القصاص مشتبهاً ، ونظيره ما ذكرنا في مسألة العبد قبل هذا .

ونظيره العبد المبيع إذا قتل بعض القبض ، فقد روى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله : أنه لا قصاص فيه على القاتل ، سواء أجازاه المشتري أو نقصه ؛ لأن الملك في الابتداء كان للمشتري ، وللبائع يد ملك كالراهن ، وبالقتل بطل ملك المشتري من الأصل ، وصار للبائع ، فاشتبه المولى .

وقد روى أبو يوسف عن أبي حنيفة رحمه الله : أن المشتري إذا أجازاه ، فله أن

(١) هكذا في ظ ، وكان في الأصل وف وم "أن يكون له حق" .

(٢) هكذا في ظ ، وكان في الأصل وف وم ، "المكاتب" .

يستوفى القصاص إذا أدى الثمن ؛ لما عرف أنه ليس للبائع يد مستحقة بخلاف الرهن ، وإن فسخ البيع ، فللبائع أن يستوفى القصاص إن شاء ؛ لأن العقد انفسخ من الأصل ، فصار كأن لم يكن ، ولهذا كان الزوائد للبائع .

ونظيره رجل دفع إلى رجل ألف درهم مضاربة ، فاشتري المضارب بها عبداً يساوى ألفى درهم ، فقتل عمداً ، فلا قصاص فيه ؛ لأنه مشترك في الابتداء ، وفي الانتهاء يطل حق المضارب إذا لم يخلص رأس المال .

ولو اشترى ببعض الألف عبداً يساوى ألفاً ، ورأس المال ألف ، فقتل عمداً ، فلا قصاص فيه ؛ لأنه في الحقيقة ملك رب المال ، وفي التقدير للمضارب فيه حق الملك .

وذكر في "الزيادات" : في رجل كفل العبد الذي ادعاه رجل ، وحجد المدعى عليه ، وأقام البينة ، وقد أبق العبد ، ف قضى القاضى له بالضمان ، وقد كفل بغير أمر الأصيل ، فقبل أن يقبض الطالب شيئاً ، قتل العبد عمداً ، ثم إن الطالب ضمن أحدهما حتى صار العبد ملكاً للضامن من وقت سبب الضمان ، ولم يجب^(١) القصاص فيه ؛ لأن العبد في الابتداء كان ملكاً لهما لكونهما سواء عند التعارض ، ثم تعين لأحدهما في الانتهاء ، فاشتبه ولى القود .

وذكر في كتاب الوصايا : في العبد الموصى برقبته لإنسان وبخدمته لآخر قتل عمداً أنه لا قصاص فيه إلا أن يجتمعا ، فيقتص لهما بخلاف ما أحصينا من المسائل ؛ لأن القصاص لملك الرقبة لا لملك الخدمة ، فكان الولي متعيناً وهو الموصى له بالرقبة إلا أن صاحب الخدمة يتضرر به ؛ لأنه ينتفع بالمال إذا اصطلحوا ، فشرط رضاه لهذا ، فإذا اجتمعا ، فقد وجد الرضا فيملك صاحب الرقبة الاستيفاء ، فأما فيما سبق فالولي مشتبّه في الأصل .

١٩٢٩٧- قال محمد رحمه الله في "الجامع الصغير" : عبد أذن له في التجارة ، فلحقه دين ألف درهم ، ثم إنه جنى جناية خطأ ، ثم أعتقه مولاة ، فهذا على وجهين : إما إن علم المولى بالجناية ، أو لم يعلم ، فإن علم ، فعليه الأرش لأصحاب الجناية ، وعليه قيمة العبد للغرماء ، وذلك لأننا نعتبر حالة الاجتماع بحالة الانفراد ، ولو كان على

(١) هكذا في ظ و ف وم ، وكان في الأصل "لم يحول" مكان "لم يجب" .

العبد جنائية لا غير، وأعتقه المولى وهو عالم بالجنائية، فإنه يصير مختاراً للقداء على ما مر، فكذا حالة الاجتماع، وفي الدين يعتبر أيضاً حالة الاجتماع بحالة الانفراد إلا أن المولى لو أعتق عبده، وعليه دين وهو عالم به، فإنه يضمن قيمته، ولا يلزم قضاء الدين، فكذا حالة الاجتماع، وإن كان لا يعلم بالدين والجنائية جميعاً، فأعتقه المولى كان عليه قيمتان: قيمة لأصحاب الجنائية، وقيمة للغرماء، وذلك لأنه بالإعتاق أتلّف حقين حقاً على ولى الجنائية، وهو حق الدفع، فإنه كان للمولى أن يدفع، وقد أبطل حق الدفع على ولى الجنائية بالإعتاق؛ لأنه بعد الإعتاق لا يمكنه الدفع، وأبطل على الغرماء حق البيع، فإنه يثبت للغرماء حق أن يبيعوا العبد، ويأخذوا دينهم من ثمنه، وبالإعتاق أبطل هذا الحق على الغرماء، فصار ضامناً لكل واحد منهما قيمة العبد؛ لأن الحق في إيجاب الضمان معتبرة بالحقيقة.

فإن قيل: لا يجوز أن يضمن المولى أكثر من قيمة واحدة؛ لأن المولى لا يكون أشقى حالاً من الأجنبي، ولو قتله أجنبي خطأ ضمن قيمة واحدة، وإن أبطل حقين حق الدفع على أولياء الجنائية، وحق البيع على الغرماء؛ لأن المتلف رقبة واحدة، وإن تعلق به حقان، فكذا هذا.

قلنا: الأجنبي إنما ضمن قيمة واحدة؛ لأن الأجنبي ضمن ملك الرقبة للمولى؛ لأن ملك الرقبة في العبد كان للمولى لا للأجنبي، ويجوز أن يضمن الإنسان لغيره، وإذا ضمن ملك الرقبة للمولى في هذا العبد لم يجز أن يضمن الحق فيه لصاحب الحق؛ لأن الحق في الرقبة ثبت تبعاً للملك،؛ لأن قيام الحق يملك الرقبة في العبد، وقيام ملك الرقبة ما كان بالحق، فإذا ضمن ما هو الأصل لم يجز أن يضمن التبع كمن ضمن دية النفس لا يضمن الأطراف؛ لأن الأطراف كان تبعاً للنفس، فأما المولى إذا أعتق لم يضمن ملك الرقبة؛ لأن ملك الرقبة في هذا العبد للمولى، فلو ضمن ملك الرقبة، فإنما يضمن لنفسه، ولا يجوز أن يضمن الإنسان لنفسه شيئاً، وإذا لم يضمن ملك الرقبة، ضمن ما في الرقبة من الحق، وقد أتلّف حقين، فلزمه حقان^(١) كما لو أتلّف عبدين.

ثم إنما يضمن قيمة العبد لأصحاب الجنائية إذا كانت القيمة أقل من الأرش، فأما

(١) هكذا في ظ، وكان في الأصل وف وم "قيمتان".

إذا كان الأرض أقل من القيمة، فإنه يتخلص عنه بدفع الأرض؛ لأنه كان يتخلص بدفع الأرض حال قيامه؛ لأن حال المملوك في الجناية لا يكون أعلى حالا من حال الحر، فكذا بعد عتق العبد، يتخلص عن جنائته بدفع الأرض.

ثم القاتل إذا كان أجنبياً وغرم قيمة واحدة، فالغريم أحق بتلك القيمة؛ لأن القيمة مالية العبد، والغرم مقدر على الأولياء في ذلك؛ لأن الواجب أن يدفع العبد إلى أولياء الجناية، ثم يباع عليهم حقا للغرماء، فإذا تقدموا في المالية وجب تسليم القيمة إليهم بخلاف ما إذا كان العبد قائماً لم يعتقه المولى حيث يدفع إلى أولياء الجناية، ثم يخبرون بين تسليم العبد وبين قضاء الدين؛ لأن دفع العبد إليهم، ثم تخييرهم بين البيع والقضاء مفيد؛ لأنه ربما يكون له عوضاً في البيع دون القضاء، أو في القضاء دون البيع، فأما التخيير بين قضاء الدين وهو ألف وبين تسليم قيمة العبد وهو ألف غير مفيد، فلا فائدة في دفع القيمة إلى أولياء الجناية، ثم التخيير بين القضاء وتسليم القيمة، فلهذا كان الغريم أحق بتلك القيمة، فلهذا افترقا.

١٩٢٩٨- قال محمد رحمه الله في "الجامع الصغير": عبد لرجل قتل رجلين عمداً لكل واحد وليان، فعفا أحد وليي الجناية من كل واحد منهما معاً، قال: يقال للمولى: ادفع نصفه إلى من بقى، أو افده بعشرة آلاف درهم؛ لأنهما لما عفا معاً، فقد بطل حق الباقيين عن القصاص، وصار كأن القتل كان خطأ، ولو كان هكذا كان حق كل واحد من الأولياء في ربع العبد، أو في نصف الدية، فكذا هنا، فيدفع إلى كل واحد من الباقيين ربع العبد، أو نصف الدية من هذا الوجه، فيصير جملة ما يدفع إليهم نصف العبد أو عشرة آلاف درهم كل خمسة آلاف درهم نصف الدية.

١٩٢٩٩- قال في "الأصل": وإذا قتل العبد قتيلاً له وليان، فعفا أحدهما، فإنه يقال للمولى: إما أن تدفع نصف العبد إلى الساكت، أو افده بنصف الدية، ولا شيء للعافي، وذلك لأن وليي القتل لو عفا جميعاً ظهر العبد عن الجناية، ولم يكن لهما شيء، ولو لم يعفوا جميعاً كان يقال للمولى: إما أن تدفع العبد إليهما، فيكون بينهما، أو تفدهما بالدية، فيكون بينهما لكل واحد منهما نصف الدية، وإذا عفا أحدهما، ولم يعف الآخر كان لكل واحد منهما حكم نفسه، فلا يكون للعافي شيء ويكون للساكت

نصف العبد أو نصف الدية، والخيار في ذلك إلى المولى .

فرقوا بين هذا وبينما إذا قتل العبد قتيلين ولكل واحد منهما ولي، فعفا أحدهما، فإن المولى يخير بين دفع جميع العبد إلى الثانى وبين الفداء بجميع الدية، وهنا قال : يخير بين أن يدفع نصف العبد إلى الثانى، أو يفديه بنصف الدية، وإنما كان كذلك ؛ لأن المقتول متى كان اثنان فقد استحق كل واحد من ولئى القتل جميع العبد بكماله، ألا ترى لو اختار الفداء فإنه يفدى كل واحد من ولئى القتلين بجميع الدية، وإنما رجع حق كل واحد منهما إلى النصف للمزاحمة، فإذا زال مزاحمة الآخر بالعفو، كان للثانى جميع العبد هذا، كما قالوا: فيمن أوصى بعبد لرجل، ثم لآخر، ثم رد أحدهما الوصية كان جميع العبد للآخر، وكدار لها شفيعان سلم أحدهما الشفعة قبل أن يقضى بالدار بينهما كان للآخر جميع الدار .

فأما إذا كان المقتول واحداً، فقد صار جميع العبد حقاً للمقتول بكماله أو الدية، فإذا مات، واختار المولى الدفع صار العبد ميراثاً بين الوليين نصفين على الشركة، فإذا عفا أحدهما بقى حق الآخر فى النصف كمن أوصى بعبد لرجلين، ثم رد أحدهما للآخر النصف، فكذا هذا، وكما فى مسألة الشفعة إذا سلم أحدهما بعد ما قضى القاضى بالدار بينهما - والله أعلم - .

١٩٣٠٠ - ولو قتل قتيلاً، وفقاً عين آخر، فهذا على وجهين : إما أن يكون ذلك عمداً أو خطأ، فإن كان عمداً، قيل للمولى : ادفعه إن شئت إلى المفقوءة عينه وإن شئت فافده ؛ لأن لا قصاص بين العبد والحر فيما دون النفس عمداً كان أو خطأ، فإذا اختار الفداء فدى المفقوءة عينه بخمسة آلاف، وظهر^(١) العبد عن الجناية، فيقتل العبد لولى القتل، وإن اختار الدفع جاء أولياء المقتول وقتلوا العبد ثم المفقوءة عينه لا يرجع على المولى بشئ ؛ لأن العبد وإن استحق من يدولى الجناية إلا أنه إنما يستحق لا بصنع وجد من جهة المولى، فلا يضمن المولى شيئاً كالمأذون إذا لحقه دين، ثم جنى جناية ودفع المولى العبد إلى ولى الجناية، ثم جاء الغرماء، وباعوا العبد بدينهم، فولى القتل لا يرجع على المولى بشئ، وإن استحق العبد من يدولى القتل ؛ لأنه استحق من يده

(١) هكذا فى ظ، وكان فى الأصل وف وم "طهر".

لابصنع وجد من جهة المولى، فكذا هذا.

١٩٣٠١- هذا إذا كان عمداً، وإن كان القتل خطأ، فإن المولى يخير بين الدفع والفداء لهما، فإن اختار الفداء، فدى العبد بخمسة عشر ألفاً، عشرة آلاف لولى القتل؛ لأن حقه فى النفس، وقيمة النفس عشرة آلاف، وخمسمائة ألف للمفقوءة عينه؛ لأن العين من الآدمى نصفه، وإن اختار الدفع كان العبد بينهما أثلاثاً، ثلثاه لولى القتل وثلثه للمفقوءة عينه، وذلك لأن العبد صار مستحقاً لولى القتل بإزاء النفس، وللمفقوءة عينه بإزاء العين، وقيمة النفس عشرة آلاف وقيمة العين خمسة آلاف، فيكون العبد مقسوماً بينهما على قدر حقهما، وحق لولى القتل عشرة آلاف، وحق صاحب العين خمسة آلاف بينهما، فاجعل خمسة آلاف سهماً واحداً، فصار عشرة آلاف سهمين، فصار العبد مقسوماً بينهما أثلاثاً، ثلثاه لولى القتل وثلثه للمفقوءة عينه -والله أعلم-.

١٩٣٠٢- قال محمد رحمه الله فى "الجامع الصغير": فى عبد لرجل فقاً رجل عينه، فإن شاء المولى أخذ من الفاقى قيمة العبد، وأعطاه العبد، وإن شاء أمسكه، ولا شىء له، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: إن شاء أخذ قيمته وأعطاه رقبته وإن شاء، أمسكه وضمنه ما نقصه، فأبو حنيفة رحمه الله يقول: إن الجنابة على أطراف العبد ملحقة بالجنابة على الأحرار فى حق المقدار إن كانت ملحقة بالجنابة على المال فى حق أحكام آخر، ألا ترى أنه لو فقاً عين واحد يضمن نصف قيمة المفقوءة عينه، ولا يعتبر النقصان حتى لو قال مولى المفقوءة عينه لمولى الجانى: أنا أريد النقصان ليس له ذلك، وإن كان اعتبار النقصان يفيد به أن كان يزيد قدر النقصان على نصف قيمة العبد، فكذا فى فقهاء العينين يجب أن يعتبر المقدار، ويسقط النقصان كما فى حق الحر، وإذا سقط اعتبار النقصان يجب جميع القيمة، وإنه يتضمن زوال الرقبة عن ملك المولى كيلا يجتمع البدل والمبدل فى ملك رجل واحد.

فإن قيل: اعتبار النقصان وإلغاء المقدار فى فقهاء عيني المملوك جائز بعذر، فإن من فقاً عيني مدبر إنسان، أو فقاً عيني مكاتب إنسان، كان للمولى أن يمسك الجثة، ويضمنه النقصان، فقد اعتبرنا النقصان، وألغينا المقدار، إنما فعلنا هكذا لعذر لاحق، وهو أن المدبر

والمكاتب لا يقبلان النقل، فلو اعتبرنا المقدار دون النقصان تجتمع البدل والمبدل في ملك رجل واحد، فلهذا العذر اعتبرنا النقصان دون المقدار، وكذلك البائع إذا فقا عيني المبيع قبل القبض يعتبر النقصان، ولا يعتبر المقدار، وإنما لا يعتبر المقدار لعذر وهو أن لا يؤدي إلى أمر غير مشروع، فإنه لو اعتبر المقدار يسقط جميع الثمن كما يسقط نصف الثمن إذا فقا عيناً واحداً، فيؤدي إلى انفساخ العقد في جميع العبد مع بقاء شيء منه، فإنه لا يجوز، والعذر هنا وهو كلاهما^(١) في المسألة أن لا تزول الجثة عن ملك المولى من غير رضاه، ولا يلزم إذا فقا عيناً واحداً؛ لأننا وجدنا موضعاً ورد الشرع باعتبار النقصان، وإلغاء المقدار في فقاء عيني المملوك بعذر، فقسمننا المتنازع فيه على ذلك الموضع لما تحقق العذر، وأما لم يوجد^(٢) موضعاً ورد الشرع باعتبار النقصان، وإلغاء المقدار في عين واحد والفارق بين الصورتين ظاهر، وهو أن في اعتبار النقصان في فقا عين واحد إيجاب الزيادة على نصف القيمة من وجه بغير رضاه الجاني عسى بأن يزداد النقصان على نصف القيمة، وهذا مما لا وجه له، فأما ليس في اعتبار النقصان في فقاء العينين^(٣) إيجاب زيادة على القيمة بغير رضاه الجاني بوجه ما؛ لأن ضمان النقصان لا يبلغ جميع القيمة، فكيف يبلغ أكثر منه، وإذا كان ضمان النقصان دون القيمة، كان اعتبار ضمان النقصان إبراء عن ضمان بعض القيمة، وإنه جائز.

والجواب لأبي حنيفة رحمه الله: أن ما ذكرتم يشكل بفقاء عين واحد، فإن هناك لم يجز اعتبار النقصان وإلغاء المقدار، وإن كان في اعتبار المقدار إزالة ملك المجنى عليه من البعض بغير عوض، بأن كان قيمة الفاقى بعد فقاء عين واحد ربع قيمة العبد لا النصف، ولم يصبر ذلك عذراً في إلغاء المقدار فلأن لا يعتبر زوال الجثة هنا عذراً في إبطال المقدار، والجثة تزول بكمالها بعوض أولى.

وأما فصل المدير والمكاتب قلنا: القياس ثمة أن لا يعتبر النقصان حتى لا يبطل

(١) هكذا في ظوم والأصل، وكان في ف "كلامهما".

(٢) هكذا في الأصل وفوم، وكان في ظ "لم يجد".

(٣) وفي ظ "العين".

التقدير الثابت شرعاً إلا أننا تركنا القياس ثمة، واعتبر^(١) النقصان ثمة من حيث إنه جناية على المال؛ لأن اعتبار المقدار هناك يؤدي إلى أمر غير مشروع، وهو أن يسلم المولى المدير جميع قيمته مع بقاء شيء من المدير على ملكه، وكذا في فصل البائع، فأما هنا لو اعتبرنا المقدار، وأوجبنا جميع القيمة، فليس فيه إلا إزالة الجثة عن ملكه ببدل بغير رضاه، وهذا جائز في الجملة بعذر كما في المضطر إذا أكل طعام الغير، وكما في استيلاء أحد الشريكين الجارية المشتركة، وقد تحقق العذر هنا، وهو أن لا يبطل التدبير^(٢) الثابت شرعاً - والله أعلم -.

١٩٣٠٣ - قال محمد رحمه الله في "الجامع الصغير": عبد لرجل قتل رجلاً عمداً، وقتل آخر خطأ، ولصاحب العمد وليان، فعفا أحدهما، قال: إن أفداه المولى، فداه بخمسة عشر ألفاً خمسة آلاف لولى العمد الذى لم يعف، وعشرة آلاف لولى الخطأ، وإن دفع العبد إليهما دفعه أثلاثاً: الثلث لولى العمد الذى لم يعف، والثلثان لولى الخطأ، وهذا قول أبى حنيفة رحمه الله.

وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: يدفعه إليهما أرباعاً، فوجه قولهما: إن حق الذى لم يعف من ولى العمد فى نصف العبد لا غير، وحق ولى الخطأ فى كل العبد، فولى الخطأ يأخذ أحد النصفين بلا منازعة، والنصف الآخر استوت منازعتهم فيه، فيقسم بينهما نصفان، فيصير لولى الخطأ ثلاثة أرباع العبد، والذى لم يعف ربعه.

ووجه قول أبى حنيفة رحمه الله: إن حق الذى لم يعف من ولى العمد فى نصف العبد، وحق ولى الخطأ فى كل العبد، فيجعل كل نصف سهماً، فصار حق ولى الخطأ فى سهمين، وحق الذى لم يعف من ولى العمد فى سهم، فيقسم بينهما أثلاثاً.

فالحاصل أن القسمة على قول أبى حنيفة رحمه الله بطريق العول، وعندهما بطريق المنازعة.

وفى الكتب^(٣) اثنتا عشرة مسألة من هذا النوع فى ثلاث منها اختلفوا على هذا

(١) هكذا فى ظ وف وم، وكان فى الأصل "اعتبرنا".

(٢) وفى ظ "التقدير".

(٣) هكذا فى ظ وف وم، وكان فى الأصل "الكتاب".

الوجه : إحداها : هذه .

والثانية : ذكرها فى الديات وهو أن مدبراً قتل رجلاً خطأ ، وقتل آخرًا عمدًا ، وللمقتول عمدًا وليان ، فعفا أحد ولى العمد ، وغرم المولى قيمته للذى لم يعف من ولى العمد ، وولى الخطأ كيف يقسم بينهما ، عنده على طريق العول ، وعندهما على طريق المنازعة .

والثالثة : ذكرها فى المأذون وهو أن العبد المأذون إذا كان بين رجلين ، فأدانه أحد المولين مائة درهم ، وأدانه أجنبى مائة درهم ، ثم بيع العبد بمائة ، فإن الثمن عنده يقسم على طريق العول ، وعندهما يقسم على طريق المنازعة .

وثلاث اختلفوا على القلب من هذا إحداهما دار تنازع فيها رجلان أحدهما يدعى جميعها ، والآخر يدعى نصفها ، والدار فى يد الثالث عند أبى حنيفة رحمه الله يقسم على طريق المنازعة ، وعندهما : يقسم على طريق العول .

والثانية إذا أوصى بجميع مال لإنسان ، وبنصفه للآخر ، فأجازت الورثة ، يقسم عندهما على طريق العول ، وعنده يقسم على طريق المنازعة .

وكذلك إذا أوصى بعبده لإنسان ، وبنصفه لآخر يقسم عندهما على طريق العول ، وعنده يقسم على طريق المنازعة .

وأحد منها اتفقوا أنه يقسم على طريق المنازعة ، وهو أن فضوليًا باع عبدًا لإنسان ، وفضولى آخر باع نصفه من آخر ، وأجاز المولى العقدین جميعًا ، فالقسمة على طريق المنازعة عندهم جميعًا .

وخمس منها اتفقوا أنه يقسم على طريق العول :

أحدها : فى الديات إذا قتل عبد رجلاً خطأ ، وفقاً عين آخر ، ودفعه المولى إليهما ، فالقسمة على طريق العول .

وكذلك المدبر إذا قتل رجلاً خطأ ، وفقاً عى آخر ، ودفع المولى قيمته إليهما ، فالقسمة على طريق العول .

وكذلك إذا مات ، وترك ألف درهم ، ولرجل عليه ألف درهم ، ولآخر عليه

ألفان، فالألف المتروكة تقسم بينهما على طريق العول .

وكذلك الثلث إذا ضاق عن سهام أصحاب الوصايا، فالقسمة على طريق العول .

وكذلك التركة إذا ضاقت عن سهام أصحاب الفرائض، فالقسمة على طريق العول، وهذه المسائل متفرقة .

١٩٣٠٤ - قال محمد رحمه الله في "الجامع الصغير" : عبد بين رجلين قتل مولى لهما عمداً، فعفا أحدهما يبطل الدم كله، وقال أبو يوسف رحمه الله : يقال للذى عفا : ادفع نصف نصيبك إلى الذى لم يعف، أو افده بربع الدية . قوله : قتل مولى لهما معناه قريباً لهما بدليل أنه وقع فى بعض النسخ قتل ولياً لهما، والمولى هو القريب، ويجوز إطلاق اسم المولى على القريب، قال الله تعالى خبراً عن زكريا : ﴿وَإِنِّى خِفْتُ الْمَوَالِىَ مِنْ وَرَائِى﴾^(١)، وأراد به العصبية، وجاز أن يذكر، ويراد به المعتق، ويحتمل أن يكون المراد من المولى المعتق الذى اعتقه . وقول محمد رحمه الله فى هذه المسألة كقول أبى حنيفة رحمه الله فى بعض النسخ، وكقول أبى يوسف فى بعضها، وهو الأشهر .

وذكر فى كتاب الديات وفى "الزيادات" : أن عبداً لو قتل مولاه عمداً وله وليان، فعفا أحدهما، فقد بطل كله عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله .

وقال أبو يوسف : فى تلك المسألة مثل قوله فى مسألة هذا الكتاب .

وجه قول أبى يوسف رحمه الله : إن القود وجب لهما على الشركة والشيوع فى النصيبين جميعاً من قبل أنه لا يمتنع وجوب القود للمولى على عبده الذى هو ملكه الخاص ؛ لما عرف أنه فى حق الدم حر، فلما صح ذلك، فلا أن يصح الوجوب على الشيع^(٢) أولى، فصار لكل واحد منهما نصف القود نصفه فى ملكه ونصف فى ملك صاحبه، فإذا عفا أحدهما بطل حقه، وبقي حق الآخر، فانقلب نصيب الآخر مالا، فوجب نصف الدية للآخر، ولكن فى كل العبد نصفه وهو الربع يلاقى نصيبه فيسقط ؛ لأنه لا يجب للمولى على عبده دين، والنصف الآخر وهو الربع يلاقى ملك صاحبه فيجب ؛ لأنه يجب للإنسان على عبد غيره دين، فلذلك بقى الربع .

(١) سورة البقرة: الآية ٥ .

(٢) وفى م "المشاع" .

ولأبى حنیفة رحمه الله : أن القصاص واجب لهما فى كل العبد من غیر تعیین ، بل على احتمال أنه يجب حق كل واحد منهما فى نصيب نفسه ، أو نصيب صاحبه ، أو على الشیاع كل ذلك ، سواء فى الاحتمال ، فإذا آل إلى المال احتمال وجوب الكل بأن يعتبر كل واحد حقه متعلقاً بنصيب الآخر ، واحتمل بطلان الكل ، بأن يتعلق حق كل واحد بنصيب نفسه ؛ لأنه لا يجب المال له على عبده ، فبطل الكل ، واحتمل التنصيف بأن يعتبر شائعاً كما قالوا ، فينقلب نصف نصيبه الذى لم یعفُ مالا ؛ لأنه لا يلاقى ملكه ، ويسقط الباقي ؛ لأنه لا قى ملكه ، فلا يجب المال بالشك .

فإن قال : إذا احتمال الوجوه ووجب القول بالشیاع والتنصيف لضرورة أنه ليس جعل كل واحد منهما فى نصيبه أولى من جعله فى نصيب الآخر ، قيل له : هذا إمّا يستقيم إن لو كان ملكهما فى العبد معتبراً فى حق القصاص ، فيقال : نصف العبد لهذا ، والنصف لذلك ، فلم يكن جعل حق هذا فى هذا النصف أولى من جعله فى النصف الآخر ، فيجعل شائعاً ، وملكهما فى العبد ليس بمعتبر فى حق القود ؛ لما مر أنه بمنزلة الحر فى حق القود ، فبقى ما قاله أبو حنیفة رحمه الله من الاحتمال ، فلا يجب مع الاحتمال .

فإن كان قول محمد رحمه الله فى مسألة ”الجامع الصغير“ مع قول أبى حنیفة رحمه الله كما فى مسألة كتاب الديات ، فلا حاجة إلى الفرق بين مسألة ”الجامع“ وبين مسألة كتاب الديات ، وإن كان مع قول أبى يوسف رحمه الله احتاج إلى الفرق .

والفرق أن ثمة القود وجب للقتل ، وهو واحد مالك رقبة العبد ، وقام الوليان مقامه ، وإذا صار ميراثاً ، وصار ما لا یعفو بعض الورثة اعتبرنا مالا للقتل وهو واحد مالك لرقبة العبد ، فلم يثبت الشیاع والتنصيف ، فبطل كله كعبد قتل مولاه خطأ ، أما هنا القصاص ما ثبت إلا لاثنين فى حق المملوك ، فأما القتل فغير^(١) مالك رقبته ، وإذا كان كذلك ثبت على المناصفة ، والشیاع فى حق الملك ، فينقلب مالا كذلك - والله أعلم - .

١٩٣٠٥ - قال محمد رحمه الله فى ”الجامع الصغير“ : فى رجل يقطع يد عبده ، ثم يغصب العبد رجل ، فيموت فى يديه عن تلك اليد ، فعلى الغاصب قيمته أقطع ، وإن

(١) هكذا فى ظ ، وكان فى غيرها : بغير .

غصبه رجل وهو صحيح ، فقطع المولى يد العبد فى يد الغاصب ، ثم مات منها فى يد الغاصب لم يكن على الغاصب شىء ، وكان ينبغى أن لا يجب على الغاصب شىء فى الفصل الأول ؛ لأن العبد لما تلف بجناية المولى صار كأن المولى استرده ، وهلك فى يده ، ألا ترى أنه لا يجب على الغاصب شىء فى الفصل الثانى ، وإنما لا يجب ؛ لما قلنا .

والجواب : اختلف عبارات المشايخ فى الفرق بين المسألتين ، فعبارة بعضهم أن المولى فى الفصل الأول لم يصير مسترداً للعبد ؛ لأن فى الفصل الأول انقطعت سراية جناية المولى بغصب الغاصب ؛ لأن الغصب فى معنى البيع ؛ لأنه سبب الضمان على الغاصب ، وسبب الملك له فى المغصوب عندنا على ما عرف ، فكان فى معنى البيع ، وبيع القاطع يقطع سراية جنايته ، فكذا الغصب ، وإذا انقطعت السراية ، صار كأنه برئ ، ثم مات فى يد الغاصب ، فيضمن قيمته أقطع لهذا ، وفى الفصل الثانى لم يوجد ما يقطع سراية جناية المولى ، فصار المولى متلفاً بعد غصب الغاصب ، فكذا هنا ، وهذا لأنه صار متصرفاً فيه حقيقة ، فلهذا صار مسترداً ، فخرج عن ضمان الغصب ، ولكن فى هذا الفرق فيه نوع شبهة ، فإن بنفس الغصب تنقطع السراية على ما يأتى - إن شاء الله تعالى .

وعبارة بعضهم : أن المولى إن صار مسترداً للعبد فى الفصل الأول ، ولكن صار مسترداً حكماً لا حقيقة ؛ لأنه إنما يصير مسترداً بالسراية ، والسراية أثر فعله ، فتكون السراية استرداداً حكماً لا حقيقة ، وقبض الغاصب ثابت حقيقة والشىء لا يرتفع بما هو دونه ، فبقى قبض الغاصب كما كان ، فبقى ضمانه ، أما فى الفصل الثانى المولى صار مسترداً للعبد بعد الغصب بفعل حقيقى اتصل من المولى العبد وأثر فى فوات يد الغاصب ، فكان مثل قبض الغاصب ، فيرتفع به ضمان الغاصب - والله أعلم - .

١٩٣٠٦ - قال محمد رحمه الله فى "الجامع الكبير" : فى رجل شج عبداً له موضحة ، ثم رهنه من رجل بألف درهم ، وقيمة العبد مشجوجاً ألف درهم ، فمات فى يد المرتهن من الجناية يموت بما فيه من الدين ، وهنا يتأتى الإشكال الذى ذكرنا فى المسألة المتقدمة .

والجواب ما مر أن الراهن إنما يصير مسترداً حكماً لا حقيقة ، فلا يرتفع به قبض المرتهن الثابت حقيقة ، فلا يرتفع ضمانه ، وعلى قياس مسألة الغاصب يقول فى مسألة

الراهن : إذا وجدت الجنایة من المولى بعد الرهن يصير مسترداً للمرهون حتى لو هلك فى يد المرتهن لا يسقط شيء من دينه ، وكذلك فى مسألة الرهن إذا وجدت الجنایة من الأجنبى يفرق الحال بين ما إذا وجدت قبل الرهن ، وبين ما إذا وجدت بعد الرهن فى حق إبطال الرهن وعدم إبطاله -والله أعلم- .

١٩٣٠٧- قال فى "الجامع" أيضاً : رجل شج عبد رجل موضحة ، فمرض العبد ، فغصبه رجل ، فمات فى يد الغاصب من تلك الجنایة ، كان لمولى العبد الخيار إن شاء ضمن عاقلة الجانى قيمة العبد صحيحاً فى ثلاث سنين ، وإن شاء ، ضمن الغاصب قيمة يوم غصب حالة فى ماله ، وضمن الجانى أرش الموضحة ، وما حدث منها من النقصان إلى أن غصبه الغاصب ، فىكون ذلك فى مال الجانى .

أما ثبوت الخيار للمولى باعتبار أن الغاصب مع الشاج كل واحد منهما باشر سبب الضمان الغاصب بالغصب والشاج بالشجة فكان له الخيار .

ثم السراية لا تنقطع بمجرد الغصب ؛ لأن العبد بعد الغصب باقٍ على ملك المغصوب منه ، فلم يتبدل مستحق السراية ، والجنایة بدونه لا تنقطع السراية ، وإثما يحكم بزوال المغصوب عن ملك المولى .

وإذا اختار المولى تضمين الغاصب ، وذلك لم يوجد للحال ، فكان حكم السراية معتبراً ، فلهذا كان للمولى الخيار ، فإن اختار المولى تضمين عاقلة الجانى ، ضمنهم جميع قيمة العبد صحيحاً ؛ لأن الجنایة لاقية وهو صحيح ، وهذا ضمان الدم ، فىكون الدم على العاقلة فى ثلاث سنين ، ثم ترجع العاقلة على الغاصب بقيمة العبد يوم غصبه ، وإذا كان عاقلة الجانى لم يملكوا العبد بما أدوا من الضمان ؛ لأنه ضمان دم ، وضمان الدم لا يفيد الملك فى المضمون ، ولهذا كفن العبد يجب على المولى دون الجانى إلا أنهم قاموا مقام المولى فى مطالبة الغاصب بضمان الغصب إذ لا وجه إلى القول ببراءة الغاصب من غير أداء ، ولا إبراء وقد انقطعت مطالبة المولى ؛ لأنه وصل إليه من جهة الجانى كمال بدل العبد ، فلا بد وأن يثبت ولاية مطالبة الغاصب بضمان الغصب بغيره فكان إثباته لعاقلة الجانى ، وقد غرموا بدل العبد أولى من إثباتها لغيره ، فقاموا مقام المولى فى المطالبة .

ونظير هذا ما إذا شهد شاهدان على رجل أنه كاتب عبده بألف درهم إلى سنة، وقضى القاضى بذلك، ثم رجع الشاهدان واختار المولى تضمين الشاهدين، وأديا الضمان لم يملك المكاتب لاستحالة انتقال المكاتب من ملك إلى ملك، وكان للشاهدين ولاية مطالبة المكاتب بأداء بدل الكتابة لقيامهما مقام المولى، كذا هذا، فإن اختار المولى تضمين الغاصب ضمن الغاصب قيمة العبد يوم غصبه حالة فى ماله؛ لأن هذا ضمان مال، وذلك يجب حالا فى مال من وجب عليه.

ثم يضمن الجانى أرش موضحته، وما نقصته جراحته إلى يوم الغصب؛ لأن العبد إلى هذه الحالة كان على ملك المغصوب منه، فما فات إلى هذه الحالة، فات على ملك المغصوب منه، فيجب الضمان له، ويجب فى مال الجانى؛ لأن ما فات من أطراف الممالك، يجب ضمانها فى مال جاني إلا إذا سرى إلى النفس، وهنا انقطعت السراية حين أدى الغاصب قيمة العبد، وصار العبد ملكاً للغاصب كما ينقطع عند وجود البيع^(١)، فإن أراد الغاصب بعد ما أدى الضمان إلى المولى أن يضمن الجانى، أو عاقلة الجانى لم يكن له ذلك؛ لأن المولى بتضمين الغاصب، صار مملكاً العبد من الغاصب من وقت غصبه على البتات، فانقطعت به السراية، فلا يمكن إيجاب ضمان السراية، فلا يمكن إيجاب ضمان السراية، وتعذر إيجاب ضمان السراية، فلا يمكن إيجاب ضمان الموضحة، وما حدث منها من النقصان إلى وقت الغصب؛ لأن ذلك لم يكن على ملك الغاصب، فلماذا لا يكون للغاصب تضمينها، ولو لم يغصب هذا العبد، ولكن المولى باعه من رجل بعد الجنائية على أن البائع بالخيار ثلاثة أيام، فمات فى يد المشتري، فهذا كما وصفنا من أمر الغاصب؛ لأن البيع بشرط الخيار لا يزيل المبيع عن ملك البائع، ويجعل العبد مضموناً بالقيمة متى هلك العبد فى يد المشتري فى مدة الخيار، فكان هذا والغصب سواء.

١٩٣٠٨- ولو كان المولى باع هذا العبد من رجل بيعاً فاسداً، فمات فى يد المشتري من تلك الجنائية، فإن المولى يضمن الجانى أرش موضحته، وما نقصه الجراحة إلى أن قبضه المشتري، ثم انقطعت السراية بالقبض لتبديل المستحق بصيرورة المقبوض

(١) هكذا فى ظ، وكان فى غيرها: "العيب" مكان "البيع".

بحكم العقد الفاسد مملوكاً للمشتري من وقت القبض ، ويكون ما وجب على الجاني في ماله حالة ، وعلى المشتري قيمة العبد يوم قبض في ماله حالا ؛ لأن المشتري شراء فاسداً مضمون بالقيمة على المشتري في ماله حالا ، ولو لم يبعه المولى ، ولكن رهنه بدين عليه مثل قيمة العبد ، فمات في يد المرتهن من تلك الجنابة ، فإنه يموت بالدين ، ولا سبيل للمرتهن على الجاني ؛ لأن جنابته سبقت حق المرتهن ، ويرجع الراهن على الجاني بأرش الجنابة ، وما نقصه الجنابة إلى يوم الرهن ، ويبطل عن الجاني ضمان القيمة ؛ لأن الراهن صار قاضياً دين المرتهن من العبد ، وفي قضاء الدين معنى البيع والشراء وبالبيع والشراء تنقطع السراية ، فكذا بالرهن إذا اتصل به الهلاك .

ولو كانت قيمة العبد أكثر من الدين مثلاً ألفى درهم ، فرهنه بدين ألف درهم ، فمات في يد المرتهن ، فالأمر كما وصفنا فيما إذا كانت قيمة العبد مثل الدين ؛ لأنه لا ضمان للمرتهن على الجاني ، ويرجع مولى العبد على الجاني بنصف أرش الموصحة وبنصف ما نقصه جنابته إلى أن رهنه ، ويكون في ملك الجاني ؛ لما مر آنفاً ، ويرجع مولى العبد على الجاني أيضاً بنصف قيمة العبد يوم مات العبد وبنصف أرش الموصحة وبنصف ما نقصته الجنابة ، ويكون كل ذلك على العاقلة ؛ لأن مولى العبد صار قاضياً دينه بنصف العبد فصار كأنه باع نصف العبد من المرتهن بما عليه من الدين ، وأودع النصف ، ولو كان كذلك تنقطع السراية عن النصف دون النصف ، فالنصف الذى انقطعت فيه السراية يكون على الجاني ، والنصف الذى لم تنقطع فيه السراية يكون على العاقلة لصيرورة ذلك النصف نفساً - والله أعلم - .

١٩٣٠٩ - قال محمد رحمه الله في "الجامع الصغير" أيضاً : رجل أقر أنه قطع يد عبد رجل خطأ ، وكذبه عاقلته في ذلك يعنى به أن عاقلة المقر كذب المقر في إقراره ، ثم غصبه رجل من مولاه ، فمات عنده ، فالمولى بالخيار إن شاء ، ضمن الجاني قيمته في ماله في ثلاث سنين ، وإن شاء ضمن الغاصب قيمته أقطع في ماله حالا ، وضمن الجاني أرش يده وهو نصف قيمته في ماله ، وهذه المسألة نظير مسألة الشجة التى تقدم ذكرها ، ولا فرق بين مسألتين ، فإن ضمن الجاني قيمته بإقراره ، فإنه يرجع الجاني على الغاصب بقيمة العبد أقطع في ماله .

علل في الكتاب : فقال : لأن العبد صار للقاطع بجنايته ، وهذا دليل على أن ضمان الدم يوجب الملك في المضمون ووجه ذلك ، وهو إن سبب الضمان هو القطع السابق فيستند الضمان إليه ، فثبت الملك من ذلك الوقت ، وفي تلك الحالة هو قابل للملك كما في ضمان الغصب ، فإنه لا يتقرر إلا عند الهلاك ، ولكن لما كان شبه الغصب السابق استند إليه ، ووقع الملك في المضمون ، كذا هنا .

ومن المحققين من أصحابنا من قال : لا ، بل ضمان القتل لا يوجب الملك للضامن في المقتول ؛ لأن ضمان القتل والقطع السابق إما يصير قتلا وقت الشراء ، فيجب الضمان مقصوراً على حالة القتل ، وفي حالة هو قابل للمالك ، لكن إن تعذر إثبات الملك في ذاته أمكن إثباته في بدله وهو الضمان الذي على الغاصب ، كما قلنا : في المدبر إذا غصب إنسان من يد غاصبه واختار المولى تضمين الأول كان للأول أن يضمّن الثاني ، وإن لم يملك الأول المدبر بأداء الضمان لكن قبل السبب ، وإن لم يعمل في حق المدبر لمكان التعذر عمل في حق بدله ؛ لأنه وجب بإقراره ، والإقرار حجة قاصرة ، فإن كانت الجناية ثابتة بالبينة ، فهذا وما لو ثبت بالجناية بإقرار الجاني سواء إلا في فصل واحد ، وهو أن ما يجب على الجاني في فصل الإقرار يجب على عاقلته في فصل البينة ؛ لأن البينة حجة في حق الناس كافة ، فثبت الجناية في حق العاقلة كما ثبت في حق الجاني ، وموجب جناية الخطأ في الممالك إذا سرت إلى النفس على العاقلة بخلاف الإقرار على ما مر ، وإن اختار المولى في فصل الإقرار تضمين الغاصب ضمنه قيمته يوم الغصب أقطع ؛ لأن الغصب هكذا صارفه يضمّن الجاني الأرض يده وهو نصف قيمته في ماله ، ولا يضمّن الجاني نفس العبد ؛ لأن الجاني بأداء الضمان ملك الثاني من وقت الغصب ، فصار ذلك قاطعاً للسراية ، فبقيت جنايته فيما دون النفس .

وينبغي أن يضمّن الجاني النقصان إلى وقت الغصب أيضاً وإن لم يذكره في الكتاب ، وحملت المسألة على أن الغصب كان على فور^(١) القطع ، وإن كان القطع عمداً ، وباقي المسألة بحالها ، فنقول : المولى بالخيار إن شاء قتل القاتل ، ولا سبيل على الغاصب للمولى ، ولا لورثة الجاني ، أما لا سبيل للمولى على الغاصب ؛ لأنه يقتل

(١) هكذا في ظ و ف وم ، وكان في الأصل : "قود" مكان "فور" .

الجاني صار مبرئاً الغاصب عن ضمان الغصب ؛ لأنه لا يتهيأ للمولى استيفاء القصاص مع تضمين الغاصب ، وتضمن الغاصب مما يفيد الملك في المضمون ، فكان بمنزلة البيع ، ولو باع العبد بعد مما قطع الجاني يد العبد عمداً ، ثم مات العبد في يد المشتري من القطع ، لا يجب القصاص على الجاني ، فكذا هنا ، علم أنه لا يتهيأ للمولى استيفاء القصاص مع تضمين الغاصب ، فيضمن إقدام المولى على استيفاء القصاص إبراء للغاصب عن الضمان .

وأما لا سبيل لورثة الجاني ؛ لأن الجاني لم يملك العبد المغصوب ؛ لأنه لم يرد قيمته^(١) إنما استوفى منه الدم ، والدم ليس بمال ، فلا يصح ضمان المال ، فلا يصير العبد المغصوب ملكاً للجاني لا في حق نفسه ، ولا في حق بدله ، فيكون لورثة الجاني على الغاصب سبيل بخلاف حالة الخطأ ؛ لأن هناك الجاني ضمن المال ، والمال يصلح عوضاً عن المال ، فجعلنا المغصوب ملكاً للجاني فيما يرجع إلى بدله ، فكان له حق الرجوع على الغاصب ، أما ههنا بخلافه .

وإن شاء المولى ضمن الغاصب من الابتداء قيمته أقطع على ما مر ، ولا قصاص للمولى على القاطع ؛ لأنه بأداء الضمان صار المغصوب ملكاً للغاصب ، فانقطعت به سراية القطع ، فانفصل القطع عن النفس ، ولا قصاص فيما دون النفس للعييد ، ولكن يجب على الجاني في أرش اليد في ماله - والله أعلم - .

١٩٣١- قال محمد رحمه الله في "الجامع الصغير" : وإذا اغتصب الرجل عبداً ، فقتل عند الغاصب قتلاً خطأ ، ثم دفع إلى المولى ، فقتل عنده آخر خطأ ، واختار المولى دفعه بالجنايتين ، فإنه يكون بينهما نصفان ؛ لأنه تعلق برقبة العبد دم حرين ، فإنه قتل حرين ، والعبد إذا تعلق برقبته دم حرين وقد اختار المولى دفع العبد يكون العبد بينهما نصفين ؛ لأن حقهما على السواء ، فإن حق كل واحد في الدية عشرة آلاف ، فيكون العبد مقسوماً بينهما على قدر حقهما نصفان ، ثم يرجع المولى على الغاصب بنصف قيمة العبد ، ولا يرجع بكل قيمته ؛ لأن المولى إنما يرجع على الغاصب بقدر ما استحق من العبد من يد المولى بجناية ، أحدثها العبد عند الغاصب ، والمستحق بالجناية

(١) هكذا في ظوم ، وكان في الأصل وف : لم يؤد قيمته .

التي أحدثها العبد عند الغاصب نصف العبد، فيرجع بنصف قيمة العبد على الغاصب .
فأما النصف الآخر إنما استحق بجناية، أحدثها العبد عند المولى، فلا يرجع بذلك على أحد، فإذا أخذ المولى نصف قيمة العبد من الغاصب دفعه إلى ولي الجناية الأولى، ثم يرجع به على الغاصب في قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله .
وقال محمد وزفر رحمهما الله : لا يدفع ذلك إلى ولي الجناية الأولى، فوجه قول محمد وزفر رحمهما الله : إنما أخذ المولى من نصف القيمة من الغاصب بدل نصف العبد الذى فى يد ولي القتل الأول؛ لأن المولى إنما يرجع على الغاصب بما استحق من العبد من يده بجناية كانت عند الغاصب، فلو أخذ ولي القتل الأول، واستحق ما أخذ المولى من نصف القيمة من الغاصب ثانياً لاجتماع البدل والمبدل فى ملكه مع إمكان النقل، وهذا لا يجوز .

وجه قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله : إن حق ولي الجناية الأولى كان فى جميع البدن؛ لأنه حين جنى على الأول كان فارغاً عن حق ولي الجناية الثانية، فكان حقه فى جميع العبد، ألا ترى أنه لو لم يجز الجناية الثانية كان يدفع إليه جميع العبد، فدلّ أن حقه فى جميع العبد، وقد وصل إليه نصف العبد دون النصف، وقد وجد فى يد المولى بدل نصف العبد وهو نصف القيمة التى أخذه من الغاصب، وهو فارغ عن حق الغير، فيأخذ ذلك ليكمل حقه، وما يقول محمد رحمه الله بأن نصف القيمة التى أخذه الغاصب بدل ما فى يد ولي الجناية الأولى من نصف العبد، قلنا : ما أخذ المولى من نصف القيمة من يد الغاصب بدل عن النصف الذى أخذه ولي الجناية الأولى فى حق ما بين المولى والغاصب، وأما فى حق ولي الجناية الأولى يعتبر بدلا عن النصف الذى أخذه ولي الجناية الثانية حتى يكمل حق ولي الجناية الأولى، ويجوز أن يعتبر الشيء الواحد بدلا عن شيء فى حق إنسان وبدلا عن شيء آخر فى حق إنسان آخر .

هذا كما قالوا : فى المسلم إذا استهلك على ذمى خمرًا، وضمن قيمته للذمى، ثم إنه قضى بذلك دين مسلم، حل لصاحب الدين ذلك، واعتبر قيمة الخمر بدلا عن الخمر فى حق ما بين الذمى والمستهلك، واعتبر بدل الدين فى حق صاحب الدين، لا بدل الخمر حتى حل لصاحب الدين ذلك، كذا هذا .

ثم إذا أخذ ولي القتل الأول من المولى نصف القيمة عند أبي حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله كان للمولى أن يرجع على الغاصب ثانياً بنصف القيمة ؛ لأن هذا النصف إنما أخذ من يد المولى بسبب كان عند الغاصب فيرجع به مرة أخرى على الغاصب ، فإذا رجع يسلم له ذلك ؛ لأن ولي القتل الأول وصل إليه كمال حقه ولا حق للثاني في ذلك ؛ لأن حق الثاني ما ثبت إلا في نصف القيمة .

ولو كان العبد جنى عند المولى أولاً ، ثم جنى عند الغاصب ، ثم رد الغاصب العبد على المولى ، ودفعه المولى بالجنائيتين جميعاً ، رجع المولى على الغاصب بنصف قيمة العبد ، فيدفعها إلى ولي القتل الأول ، ولا يرجع بذلك على الغاصب في قولهم جميعاً .

أما أن يدفعه إلى ولي القتل ، فيكون بينهما نصفان ؛ لأن حقهما على السواء في عشرة آلاف درهم ، ثم يرجع المولى على الغاصب بنصف قيمة العبد ؛ لأنه استحق نصف العبد بجناية كانت عند الغاصب ، فيرجع بذلك على الغاصب ، ويدفعها إلى ولي القتل الأول ؛ لأن حقه كان في جميع العبد ؛ لأنه يوم جنى كان فارغاً عن حق الغير ، فثبت حقه في جميع العبد ، وقد وصل إليه نصف العبد ، ولم يصل إليه النصف ، وما أخذ المولى بدل النصف الذى لم يصل إليه ، فكان له أن يأخذها من المولى كما كان له أن يأخذ عينها لو كان فارغاً من حق الغرماء ، ولا يرجع بذلك مرة أخرى على الغاصب في قولهم جميعاً ؛ لأن نصف القيمة التى أخذها ولي القتل الأول من المولى ، إنما أخذها من يده بجناية كانت عند المولى ، فلا يرجع بذلك على الغاصب .

وكذلك لو كان مكان العبد مدبراً كان الجواب فيه كالجواب في العبد من الوفاق والخلاف .

وصورته : رجل غصب مدبر رجل وقد كان المدبر قتل قتيلاً خطأ عند المولى ، فقتل قتيلاً آخر عند الغاصب ، ثم رد الغاصب المدبر على المولى ، فعلى المولى قيمة المدبر بين وليي القتل نصفان ، أما وجوب القيمة على المولى لأن موجب جناية المدبر على المولى على ما مر ، ويلزمه قيمة واحدة ؛ لأن دفع القيمة قام مقام دفع الرقبة لو كانت الرقبة بمحل الدفع ، ولو كانت الرقبة بمحل الدفع لا يجب إلا دفع واحد ، وإن كثرت

الجنائيات فكذلك لا يجب إلا قيمة واحدة، وتكون هذه القيمة بين وليّ القتل نصفين؛ لأن حقهما على السواء، فإن حق كل واحد منهما فى عشرة آلاف درهم، ثم يرجع المولى على الغاصب بنصف قيمة المدبر، ولا يرجع بجميع قيمته، وذلك لأن نصف قيمة المدبر استحق بجنائية كانت عند المولى، والنصف بجنائية كانت عند الغاصب، فإذا كان المستحق بالجنائية عند الغاصب نصف القيمة، رجع المولى على الغاصب بنصف القيمة لا غير، فإذا رجع المولى على الغاصب بنصف القيمة كان لولى القتل الأول أن يأخذ ذلك من المولى عندهم جميعاً، وذلك لأن دفع القيمة فى المدبر، وإنه بدل عن الرقبة بمنزلة دفع الرقبة، ولو كانت الرقبة بمحل الدفع ودفع للولى، والمسألة بحالها، ورجع المولى على الغاصب بنصف القيمة، فإنه لا يسلم للمولى ذلك عندهم جميعاً، وكان لولى القتل الأول أن يأخذ من المولى فكذلك هذا.

ولو كان جنى أولاً عند الغاصب، وجنى ثانياً عند المولى، وضمن المولى قيمته، ورجع على الغاصب بنصف قيمته، هل يسلم ذلك للمولى؟ فعلى قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله الأول: لا يسلم. وعلى قول محمد وزفر رحمهما الله: يسلم؛ لما ذكرنا أن دفع قيمة المدبر بمنزلة دفع الرقبة لو كانت بمحل الدفع، ولو كانت الرقبة بمحل الدفع، ودفع المولى العبد إلى ولى الجنائية ورجع على الغاصب بنصف القيمة كان فى سلامة ذلك النصف للمولى خلافاً، فكذلك هذا -والله أعلم-.

١٩٣١١- قال فى "الأصل": وإذا غصب الرجل عبداً من رجل فقتل العبد عنده قتيلاً خطأ، ثم اجتمع المولى وأولياء القتل، فإن العبد يرد على مولاه؛ لأن العبد ملكه فيرد عليه كما قبل جنائية العبد، ولأن المولى يحتاج إلى دفع العبد، ولا يمكنه ذلك إلا بعد رد العبد عليه، وإذا رد العبد عليه يقال له: إما أن تدفع العبد أو تفدى؛ لأنه مملوك جنى وهو بمحل الدفع فيتخير.

فإن دفع، أو فدى رجع على الغاصب بالأقل من قيمة العبد ومن الأرض؛ لأن الزيادة على الأقل، والمولى كان يتخلص عنها بأقل شيء يتبرع به باختياره، فلا يكون له بذلك على الغاصب رجوع، وأما الأقل منهما لا بد له من ذلك، وقد استحق على المولى بسبب أحدثه العبد فى ضمان الغاصب، فيرجع بذلك على الغاصب؛ لأنه يقول

للغاصب : قبضت منى فارغاً، ورددته على مشغولاً ومستحقاً بالجنایة، والمستحق بالجنایة كالهالك من حيث المعنى، ولو هلك العبد فى يد الغاصب حقيقة كان للمولى أن يرجع عليه بقيمة العبد، فكذلك هذا، وإن كان زاد عند الغاصب زيادة متصلة، واختار الدفع، فإنه يدفع العبد مع الزيادة، سواء حدثت الزيادة قبل الجنایة، أو بعدها إن حدثت الزيادة قبل الجنایة، فلأن حق ولى الجنایة تعلق بالزيادة والأصل جميعاً؛ لأنه جنى وهو زائد، وإن حدثت الزيادة بعد الجنایة، فلأن وضع المسألة فى الزيادة المتصلة، وما ثبت من الحق فى الرقبة يسرى إلى الزيادة المتصلة؛ لأنها لا تنماز من الأصل، فيدفعها مع الزيادة، سواء حدثت الزيادة قبل الجنایة أو بعدها، ثم لا يرجع المولى على الغاصب بقيمة الزيادة، وإن استحققت الزيادة بسبب أحدثه العبد عند الغاصب؛ لأن الاستحقاق بالجنایة بمنزلة الهلاك من حيث المعنى، ولو هلكت الزيادة من حيث الحقيقة لا يضمنها الغاصب؛ لأن زوائد الغاصب ثبت^(١) أمانة فى يد الغاصب لا يضمنها بالهلاك فى يده ما لم يوجد منه التعدى، ولم يوجد منه تعد، فلهذا لم يرجع على الغاصب بقيمة العبد زيادة، وأما يرجع بقيمتها يوم غضبها إذا كانت القيمة أقل من الأرض على ما بينا.

١٩٣١٢ - هذا إذا ازداد العبد فى يد الغاصب، فأما إن لم يزد، ولكن تغيير شىء منه فى يد الغاصب، بأن اعورّ العبد مثل فى يد الغاصب، وقد جنى عنده جنایة، فهذا على وجهين : إما إن اعورّ بعد الجنایة أو قبلها، فإن اعورّ بعد الجنایة، وقد اختار المولى الدفع، فإنه يدفعه اعورّ إلى ولى الجنایة، ثم يرجع المولى على الغاصب بقيمته صحيحاً؛ لأن النصف الباقي من العبد بعد العور، استحق من يده بسبب كان عند الغاصب، والنصف الآخر هلك فى يده، وكان له أن يرجع بقيمته صحيحاً، فإن أخذ قيمته صحيحاً من الغاصب يأخذ ولى الجنایة من المولى نصف قيمته؛ لأن حقه ثبت فى جميع العبد؛ لأنه حين جنى كان صحيحاً، وقد وصل إليه النصف، ولم يصل إليه النصف قد وجد بدل النصف الذى لم يصل إليه فى يد المولى، فكان له أن يأخذها، كما يأخذ لو وجد العبد بعينه، ثم يرجع المولى على الغاصب ثانياً بنصف قيمة العبد حتى يكمل له قيمة العبد؛ لأنه نقص قبضه فى نصف القيمة الذى أخذها من الغاصب بسبب كان عند الغاصب، فكأنه لم يقبض من الغاصب، فيرجع على الغاصب مرة أخرى

(١) وفى "م" : "تحدث".

ويسلم له ، فقد حصل لولى القتل نصف العبد لحماً ودماً ، ونصفه دراهم ودنانير ، وضمن الغاصب قيمة ونصفاً .

وإن اعورّ قبل الجناية ، واختار المولى الدفع ، فإنه يدفع العبد اعورّ ، ثم يرجع بقيمة العبد صحيحاً على الغاصب ، فإذا أخذ ذلك سلم له ، ولم يكن لولى الجناية أن يأخذ منها شيئاً ؛ لأن حق لولى الجناية ما ثبت إلا فى عبد اعورّ ؛ لأنه حين جنى كان اعورّ ، وقد سلم له ذلك ، فلا يكون له سبيل على القيمة الذى أخذها المولى ، ويكون قيمته صحيحاً سالمًا للمولى العبد المغصوب إذا جنى على مولاه جناية موجبة للمال ، بأن قتل خطأ ، أو جنى على رقيقه خطأ ، أو على ماله بأن أثلف شيئاً من ملكه .

قال أبو حنيفة رحمه الله : إنه يعتبر جنايته حتى يضمن الغاصب قيمة العبد المغصوب لمولاه إلا أن يكون الأرش ، أو قيمة العبد المتلف أقل من قيمة العبد المغصوب . وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله : بأن جناية المغصوب على مولاه وعلى رقيقه وعلى ماله هدر .

فأما العبد المرهون إذا جنى على الراهن ، أو على رقيقه ، أو على ماله ، هل تعتبر جنايته ؟ قالوا : ذكر هذه المسألة فى كتاب الرهن وقال : تهدر جنايته ، ولم يذكر فيه خلافاً إلا أن المشايخ قالوا : ما ذكر فى كتاب الرهن أنه يهدر قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله ، فأما على قول أبى حنيفة رحمه الله : تعتبر جنايته على الراهن بقدر الدين ، فإنه مضمون عليه بقدر الدين كما يعتبر جناية المغصوب هنا على الغاصب وعلى رقيقه ؛ لأنه مضمون عليه .

وأما أبو يوسف ومحمد رحمهما الله ذهبوا فى ذلك إلى أن هذه جناية موجبة للمال حصلت من مملوك على مالكة ، أو على رقيق مالكة ، وليس فى رقيقه حق للغير ، فوجب أن يهدر جنايته قياساً على ما قبل الغصب لو جنى على مالكة أو رقيق مالكة .

والدليل عليه عبد الوديعة إذا جنى على المالك ، أو على رقيقه هدر جنايته ، وإن لم يكن فى يد المولى ؛ لما ذكرنا ، فكذا هذا .

وإنما قلنا : هذه جناية موجبة للمال من المملوك على مالكة ، وذلك لأن ملك

المغصوب منه باقٍ في المغصوب بعد الغصب في حق التصرفات والجناية جميعاً، أما في حق التصرفات حتى جاز عتقه وبيعه وهبته، وأما في حق الجناية حتى إذا جنى العبد المغصوب على الأجنبي، وردّ العبد على المولى يخاطب المولى بالدفع أو الفداء، ولا يخاطب الغاصب، ولو كان الغاصب مالكاً للمغصوب في حق جنايته لكان الغاصب هو المخاطب بالدفع أو الفداء، وإذا بقي ملك المغصوب منه بعد الغصب صار حاله بعد الغصب كالحال قبله، وقبل الغصب جنايته على مولاه هدر، فكذا بعد الغصب.

ثم إنَّما كانت الجناية الموجبة للمال من المملوك على مالكة وعلى رقيقه هدراً، وذلك لأن جناية المملوك إذا كانت موجبة للمال إن كان المملوك بمحل الدفع فمن حكمها أنه يخاطب المولى بالدفع أو الفداء كما لو جنى على أجنبي، فمن جنى على المالك، أو على رقيق المالك إذا اعتبرنا جنايته كان المخاطب بالدفع أو الفداء هو المالك، وإنه لا يستقيم لوجهين: أحدهما: أنه يكون دافعاً عن نفسه لنفسه، ومفادياً لنفسه عن نفسه، وإنه لا يجوز؛ لما فيه من التضاد، فإنه يصير الواحد مملوكاً ومستملكاً. والثاني: أنه لا يفيد؛ لأنه لا يستفيد المولى بالدفع إلى نفسه أو الفداء إلا المالك في المدفوع، والمالك في المفادى وذا ثابت له من قبل، فالدفع والفداء لا يفيد إلا ما كان ثابتاً من قبل، فلا يفيد اعتباره.

وإن كان الجاني ليس بمحل الدفع بأن كان مدبراً، لو اعتبرت جنايته على مولاه كان المخاطب بدفع الأقل من قيمة المدبر ومن الأرض هو المولى، وهذا لا يستقيم؛ لما فيه من التضاد، ولأنه لا يفيد، وما لا يفيد لا يستفيد به، فكان جناية المملوك على المالك وعلى رقيقه هدراً قبل الغصب لهذا المعنى، وهذا المعنى موجود بعد الغصب، فإنه متى اعتبر جنايته على المالك كان المخاطب هو المالك أيضاً: بالدفع والفداء إن كان العبد بمحل الدفع، وإن لم يكن بمحل الدفع، بأن كان المغصوب مدبراً كان المالك هو المخاطب بدفع الأقل من قيمة المدبر ومن الأرض، وهذا لا يستقيم.

بخلاف ما لو جنى على الأجنبي، فإنه متى اعتبرت جنايته على الأجنبي، وخوطب المولى بالدفع أو الفداء يصير دافعاً عن نفسه لغيره ومفادياً عن نفسه لغيره وهذا مستقيم؛ لأنه لا يؤدي إلى التضاد ويكون مفيداً؛ لأن المدفوع إليه بهذا الدفع والفداء

يستفيد ملكاً لم يكن ثابتاً له من قبل فى المدفوع والمفادى ، فكان مفيداً ، فوجب اعتباره .

١٩٣١٣- وهذا بخلاف ما إذا قتل العبد مولاه عمداً أو قتل رقيقاً من رقيق مولاه عمداً ، فإنه يعتبر جنايته حتى يقتل العبد بمولاه ، وهذا جناية مملوك على مالكة ؛ لأن هذه الجناية غير موجبة للمال ، بل موجبة للقصاص ، وإيجاب القصاص للمولى على عبده يفيد ؛ لأنه يملك بذلك روح العبد ، وروح العبد لم يكن ملكاً له من قبل حتى لو أقر عليه بالقصاص لم يصح إقراره ، ولو أقر العبد على نفسه بالقصاص صح إقراره ، وإذا كان اعتبار هذه الجناية يفيد ما لم يكن ثابتاً ، اعتبرت ، وإن حصل على مولاه وعلى رقيقه ، فأما الجناية إذا كانت موجبة للمال ، فإن اعتبارها لا يفيد على ما ذكرنا ، ولا يلزم عبد لرجل جنى جناية موجبة للمال ، ثم جاء عبد لهذا الرجل وقتل هذا العبد الجانى خطأ اعتبرت هذه الجناية ، حتى يقال للمولى : ادفع العبد الثانى بالجناية ، أو افده بقيمة المقتول ، وهذه جناية موجبة حصلت من مملوك على رقيق مالكة ؛ لأننا قلنا : ولا حق فى رقيق مالكة لأحد ، وهنا فى رقيق مالكة حق مستحق للغير ، والحق فى إيجاب الضمان يعتبر بالحقيقة ، فكان الملك فيه لولى الجناية لا للمولى .

وأبو حنيفة رحمه الله يقول : هذه جناية مملوك على أجنبى أو على رقيق الأجنبى من حيث الحكم والاعتبار ، فيعتبر قياساً على ما لو حصل على أجنبى ، أو على رقيق أجنبى من حيث الحقيقة والحكم ، وإنما قلنا : جناية مملوك على الأجنبى ، أو على رقيقه من حيث الحكم والاعتبار ، وذلك لأن الغاصب فى حق جناية العبد المغصوب جعل بمنزلة المالك ، والمولى بمنزلة الأجنبى بدليل أنه لو جنى المغصوب على الأجنبى ، كان قرار الضمان على الغاصب كأنه مالك ، ولم يكن على المولى شىء كأنه أجنبى ، علمنا أن الغاصب فى حق جناية المغصوب جعل بمنزلة المالك حكماً ، والمولى بمنزلة الأجنبى ، وإذا كان كذلك ، صح قولنا : إن هذه جناية مملوك على الأجنبى ، فيكون معتبراً قوله : لو اعتبر هذه الجناية يكون المخاطب بالدفع والفداء إن كان الجانى بمحل الدفع المغصوب منه وإن لم يكن بمحل الدفع كان هو المخاطب بدفع الأقل من القيمة والأرض ، ولا يستقيم أن يكون المولى دافعاً عن نفسه لنفسه .

قلنا : المخاطب بإقامة حكم الجناية إذا جنى المغصوب على المغصوب منه الغاصب

عندنا يقال له : ادفع الأقل من قيمة المغصوب ومن الأرض ، فيخاطب هو بدفع الجاني ، وإن كان الجاني بحل الدفع ؛ لأنه عاجز عن الدفع فإنه لا يفيد متى دفع مولى الجاني متى عجز عن دفع الجاني ، فإنه يخاطب بدفع الأقل من القيمة ومن الأرض كما فى المدبر إذا جنى جناية ، وإذا كان المخاطب هو الغاصب بدفع الأقل من قيمة المغصوب ، ومن الأرض كان اعتبار هذه الجناية مفيداً ؛ لأن المغصوب منه يملك ما لم يكن مالكاً ، ولا يؤدي إلى التضاد أيضاً ، فإن الغاصب يكون مملكاً ، والمغصوب منه متملكاً ، وإذا أفاد اعتبار هذه الجناية على المغصوب منه ولم يؤد إلى التضاد وجب اعتبارها كما لو جنى على الأجنبي يخاطب المولى بالدفع أو الفداء دون الغاصب إذا لم يرض ولى الجناية بقيمة الجاني ، وإنما طلب عين العبد وله ذلك لأن الدفع مفيد ، فأما إذا رضى بأخذ القيمة من الغاصب كان للغاصب أن يؤدي القيمة حتى يطهر العبد عن الجناية ، وهذا المجنى عليه وهو المولى يطالب الغاصب بدفع القيمة فيكون مستقيماً ، وليس كما قبل الغصب ليس للعبد مالك آخر فى حق الجناية سوى المولى حتى يعتبر^(١) المولى أجنبياً بخلاف ما بعد الغصب ، فإنه اعتبر الغاصب مالكاً فى حق الجناية ، فأمكننا أن نجعل المولى أجنبياً فى حق الجناية ، وفى حق الوديعة كذلك ؛ لأنه ليس للعبد مالك يكون قرار الجناية عليه حتى يجعل المولى أجنبياً من العبد بخلاف ما نحن فيه ، وقد خرج الجواب عما قالوا : إذا تأملته .

١٩٣١٤ - هذا إذا جنى المغصوب على مولاه أو على مال مولاه ، فأما إذا جنى على غاصب أو على رقيق الغاصب جناية موجبة للمال ، قال أبو حنيفة رحمه الله : بأنه لا يعتبر ، ويكون هدرًا حتى لا يخاطب مولى العبد بالدفع و الفداء .

وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله : بأنه يكون معتبراً ، ويخاطب المولى بالدفع أو الفداء ، وكذلك على هذا الاختلاف العبد المرهون إذا جنى جناية على المرتهن أو على ماله ، فعلى قول أبى حنيفة رحمه الله : لا تعتبر الجناية بقدر الدين ، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله : بأنه يعتبر ، نص على هذا الخلاف فى كتاب الرهن . فأما أبو يوسف ومحمد رحمهما الله ذهبوا فى ذلك إلى أن هذه جناية مملوك على الأجنبي أو

(١) هكذا فى ظ وف وم ، وكان فى الأصل "حتى يعد المولى" .

على رقيق الأجنبي فيكون معتبراً كما قبل الغصب ، وكما لو جنى المغصوب على أجنبي آخر سوى الغاصب . وإنما قلنا : جناية مملوك على أجنبي ؛ لأن الغاصب أجنبي من العبد ، فإنه لم يملك العبد بالغصب ، فصار الحال بعد الغصب كالحال قبله .

ولا يقال : بأن اعتبار هذه الجناية على الغاصب لا يفيد ؛ لأنه متى اعتبر كان قرار ذلك على الغاصب في الحاصل كما لو جنى العبد على أجنبي آخر ، وذلك لأن اعتباره مفيد ، اختار المولى الدفع أو الفداء ، إن اختار الدفع فلأن الغاصب يملك العبد الذي هو ملك المولى بالقيمة ، وهي دراهم ودنانير ، وتملك عين العبد بدراهم يجب على الممتلك مفيد^(١) كما لو اشترى عنه .

وإن اختار الفداء كان مفيداً أيضاً ، لأن المولى متى فدى يرجع على الغاصب بالقيمة لا بالفداء ، فيكون مفيداً ؛ لأن قيمة العبد لا تخلو إما أن يكون أقل من عشرة آلاف أو أكثر ، فإن كان أقل من عشرة آلاف يرجع المولى على الغاصب بالقيمة ، فيحصل للغاصب زيادة على القيمة فيكون مفيداً ، وإن كان قيمة العبد عشرة آلاف أو أكثر ، فالمولى يرجع على الغاصب بعشرة آلاف إلا عشرة ، ولا يرجع بقيمته بالغة ما بلغت ، فيبقى للغاصب زيادة عشرة من الفداء ، فيكون مفيداً ، فدل أن اعتبار هذه الجناية على الغاصب مما يفيد اختيار المولى الدفع أو الفداء ، وإذا كان مفيداً ، وجب اعتباره كما لو جنى على أجنبي آخر ، فهذا تعلقا .

وأما أبو حنيفة رحمه الله : ذهب في ذلك إلى أنه جناية مملوك على ماله من حيث الحكم ، فيكون هدرًا قياساً على ما لو حصلت للمالك من حيث الحقيقة والحكم ، وإنما قلنا : جناية مملوك على ماله ؛ لما ذكرنا أن الغاصب في حق جناية المغصوب جعل بمنزلة المالك ، والمولى بمنزلة الأجنبي .

وإن قيل : جناية المملوك على المالك هدر^(٢) ؛ لأنه لا يفيد اعتبارها ، فأما هنا يفيد اعتبارها متى اختار الدفع والفداء ، فيجب اعتبارها .

والجواب عنه أن جناية المملوك على المالك إنما كان هدرًا لما قلنا : إنه لا يفيد

(١) هكذا في ظ و ف وم ، وكان في الأصل " المملك " .

(٢) هكذا في ظ ، وكان في الأصل " إنما كان هدرًا " ، وكان في ف وم " إنما هدر " .

اعتبارها، ولمعنى آخر وهو المنافاة، فإن المملوك مما ينافى ثبوت حق للمالك فى مملوكه، وإن كان لو ثبت حقه فى المملوك لأفاد هذا كملك النكاح لا يثبت للمالك فى أمته؛ لأنه لا يفيد، وللمنافاة فإن بين ملك النكاح واليمين لواحد منافاة حتى لم يجز للمولى أن يتزوج مكاتبه، وإن كان لو صح، لأفاد، فإن وطى المكاتبه حرم على المولى، ويحل متى جاز النكاح للمنافاة، وكذلك لا يثبت للمولى على عبده دين؛ لأنه لا يفيد، وللمنافاة أيضاً، فإن الملك فى العبد منافى ثبوت الدين للمولى فى ذمة العبد، لم يجب للمولى على عبده دين، وإن كان لو ثبت، لأفاد^(١) بأن كان عليه دين مستغرق، وقد استهلك مالا فإنه لم يجب للمولى عليه دين، وإن كان لو ثبت لأفاد؛ لأنه مشارك سائر غرماءه فى ثمنه للمنافاة، فكذاك هنا.

١٩٣١٥- قال محمد رحمه الله فى "الجامع الصغير": فى مدبر غصبه رجل، فجنى عنده جنائية، ثم رده على المولى، ثم غصبه، فجنى عنده جنائية يغرم مولى المدبر قيمته بين ولى الجنائيتين، ثم يرجع بقيمته على الغاصب، فيدفع نصفها إلى ولى الجنائية الأولى، ثم يرجع بنصف القيمة على الغاصب، وسلم ذلك له، وإنما كان كذلك؛ لأن حق ولى الأولى فى كل القيمة لولا مزاحمة الثانى على ما مر، وقد قدر على بدل ما أخذه ولى الجنائية الثانية، فيدفعه إليه؛ ليتم حقه، ثم يرجع المولى بذلك النصف على الغاصب؛ لأنه استحق عليه بسبب ضمانه أيضاً. فإذا رجع به لم يسلمه إلى ولى الجنائية الأولى؛ لأنه وصل إليه كمال حقه، ولم يسلمه إلى ولى الجنائية الثانية؛ لأن حق ولى الجنائية الثانية كان فى النصف لا غير؛ لأنه استحق حال قيام المزاحمة، وقد سلم له ذلك.

١٩٣١٦- قال فى "الأصل": وإذا قتل المدبر قتيلاً خطأ ودفع المولى قيمته بغير قضاء القاضى ثم قتل قتيلاً آخر خطأ قال أبو حنيفة رحمه الله: بأن ولى الجنائية الثانية بالخيار، إن شاء، اتبع المولى، وأخذ منه نصف قيمة المدبر، ثم رجع المولى بذلك على ولى الجنائية الأولى، وإن شاء اتبع ولى الجنائية الأولى، وأخذ منه نصف ما قبض من قيمة المدبر، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: ليس لولى الجنائية الثانية أن يتبع

(١) هكذا فى ظ، وكان فى غيرها "لو ثبت الأديان كان عليه دين".

المولى بنصف القيمة، وإنما يتبع ولى الجناية الأولى لا غير .

وعلى هذا الخلاف المدبر إذا حفر بئراً فى طريق المسلمين بغير إذن مولاه، فوقع فيه إنسان فمات، فدفع المولى قيمة المدبر إلى ولى الجناية بغير قضاء، ثم وقع آخر، هل لولى الجناية الثانية اتباع المولى بنصف القيمة؟ فالمسألة على هذا الخلاف .

وأجمعوا أن حافر البئر إذا كان عبداً قنّاً، فوقع فى البئر إنسان ومات، فدفع المولى العبد إلى ولى القتل، ثم وقع فيه آخر ومات، فإن الثانى لا يتبع المولى بشيء، سواء دفع المولى العبد إلى الأول بقضاء قاضٍ، أو بغير قضاء قاضٍ .

وأجمعوا أن المولى إذا لم يدفع القيمة إلى ولى القتل الأول حتى وقع آخر أو قتل آخر ثم دفع القيمة إلى الأول بغير قضاء قاضٍ أن لولى القتل الثانى أن يتبع المولى، فيأخذ منه نصف قيمة المدبر، ثم يرجع المولى بذلك على ولى القتل الأول .

فهما فرقاً بينهما إذا كان ذلك القتل الثانى، ووقوع الثانى قبل دفع القيمة إلى ولى الجناية الأولى، وبينما إذا كان ذلك بعد دفع القيمة إلى ولى الأولى .

والفرق أن القتل الثانى، ووقوع الثانى إذا كان قبل الدفع فالقيمة صارت مشتركة بينهم قبل الدفع، فحين دفع القيمة إلى ولى الأول، فقد دفع بعض حق الناس إلى غيره بغير إذنه، فيضمن بخلاف ما لو دفع، ثم قتل آخر، أو وقع آخر؛ لأنه حين دفع لم يكن للثانى شركة فى القيمة؛ لأن شركة الثانى مع الأول إنما تثبت بالقتل، والقتل لم يوجد حتى دفع، فلا شركة بينهم حين دفع، ولا سبب الشركة، فجاز أن لا يجب الضمان على المولى عندهما .

وجه قولهما فى ذلك : إن دفع القيمة فى المدبر بمنزلة دفع الرقبة لو كان بمحل الدفع، ولو كان بمحل الدفع، ودفع عين الرقبة إلى الأول بغير قضاء قاضٍ إن كان الدفع قبل الجناية على الثانى لا يكون للثانى اتباع المولى بشيء، وإن كان الدفع بعد الجناية كان لولى القتل الثانى اتباع المولى، فكذا إذا دفع القيمة .

وأبو حنيفة رحمه الله يقول فى العبد : إنما كان كذلك لأن المولى دفع إلى الأول عين حقه، فإن حقه كان متعلقاً بعين العبد حتى لو هلك العبد بطل حقه، وإذا صار

المولى دافعاً إلى الأول عين حقه صار الدفع بقضاء وبغير قضاء سواء، هذا كالرد بخيار الرؤية، والشرط اعتبر فسحاً في حق الراد والمردود عليه، وفي حق غيرهما؛ لأن الرد عين حقه، فصار الرد بغير قضاء وبقضاء سواء، فأما هنا لم يدفع إلى الأول عين حقه، فإن عين حقه قيمة وجبت ديناً في ذمة المولى، وما أداه المولى إلى ولي الجنابة عين، والعين مع الدين غير أن من حيث الحقيقة، وإذا كانا غيرين صار المولى بالدفع إلى الأول ناقلاً حقه من الدين إلى العين.

فإن كان هذا النقل لقضاء قاضي يفيد في حق الناس كافة، وإن كان بغير قضاء قاضي صح هذا النقل في حق ما بينهما، ولم يصح في حق الثاني، فبقى حق الثاني في ذمة المولى، فإن شاء اتبع المولى، ولم يجز ما منعه المولى، وإن شاء أجازته واتبع ولي الجنابة الأولى كما في الدين المشترك، إذا قبض أحد الشريكين شيئاً منه كان للأخر الخيار إن شاء لم يجز ذلك، واتبع الغريم، وإن شاء أجاز، وشارك شريكه فيما قبض، فكذاك هنا.

ونظير هذا ما قالوا: في الرد بالعيب بعد القبض اعتبر فسحاً في حق ما بين الراد والمردود عليه بيعاً جديداً في حق الثالث؛ لأن الرد ليس عين حق المشتري؛ لأن حق المشتري في الجزء الفائت حتى إذا زال العيب بطل حقه في الرد إلا أن البائع لما عجز عن تسليم الجزء الفائت أراد المشتري أن ينقل حقه من ذلك الجزء إلى بدله بالفسخ حتى يتوفر عليه رأس ماله إن لم يتوفر عليه المبيع، فصح هذا النقل في حقهما، واعتبر فسحاً في حق ما بينهما كما قصدا، وفي حق غيرهما اعتبر بيعاً جديداً؛ لأنه لا ولاية لهما على غيرهما، فإن كان بقضاء قاضي، نفذ على الناس كافة؛ لأن للقاضي ولاية على الناس كافة، فكذا هذا - والله أعلم -.

١٩٣١٧ - قال في "الأصل": إذا قتل المدير مولاه خطأ هدر جنابته؛ لأنه لا فائدة في اعتبارها، وعليه أن يسعى في قيمته ردّاً للوصية؛ لأن التدبير وصية للمدير برقبته وقد سلم له رقبته؛ لأنه عتق بموت السيد، ولا وصية للقاتل، فوجب على المدير رد رقبته، وقد عجز عن ذلك بسبب العتق، فكان عليه رد بدله وهو القيمة، واستقام إيجاب السعاية عليه، وإن كانت السعاية يجب للمولى، ثم يصير ميراثاً عنه، ولهذا

تتخذ عنه وصاياه، وتقضى ديونه؛ لأن السعاية لرد الوصية إنما تجب عليه، وهو حر أو مكاتب، ويجوز أن يجب للمولى على معتقه ومكاتبه دين، إنما لا يجوز أن يجب له الدين على عبده، ولا يسعى ولى الجناية فى شىء؛ لأنه حين جنى كان عبداً، وجنایة العبد على مولاه أو على مملوك مولاه، إذا كانت موجبة للمال هدر على ما بينا.

وإن كان أم ولد قتلت مولاه خطأ، لم يكن عليها أن تسعى فى شىء لا لأجل الجنایة؛ لما ذكرنا أن جنایة المملوك على مولاه هدر لا لأجل العتق؛ لأن عتقها ليس بوصية لها، وإن كان عتقها متعلقاً بموت المولى، ألا ترى أنه معتبر من جميع المال، ولهذا لا يسعى فى شىء إذا كان على الميت دين بخلاف عتق المدبر، فإنه كان حاصلًا له بطريق الوصية حتى يعتبر خروجه من ثلث ماله، ولا وصية للقاتل، ولهذا يسعى المدبر فى جميع قيمته متى كان على الميت دين مستغرق.

وإذا قتل المدبر مولاه عمدًا، فعليه السعاية فى قيمته ردًا للوصية؛ لما ذكرنا، وعليه القصاص لقوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ﴾^(١)، ولأن العبد قبل التدبير يقتل بمولاه، ولم يثبت له قبل التدبير حق العتق، فبعد التدبير لأن يقتل بمولاه، وقد ثبت له حق العتق أولى، وإذا وجب السعاية ردًا للوصية والقصاص جميعاً، كان الورثة بالخيار إن شأؤوا، استسعوا فى قيمته أو لا ثم قتلوه، وإن شأؤوا، قتلوه للحال، وأبطلوا حقهم فى السعاية؛ لأن الحق لهم، فإذا كان له ابنان لا وارث له غيرهما، فعفا أحدهما عن المدبر، فعلى المدبر أن يسعى فى قيمته ونصف يسعى فى قيمته ردًا للوصية، فيكون بينهما، ويسعى فى نصف قيمته للذى لم يعف خاصة؛ لأن القتل فى الابتداء انعقد موجباً للقصاص إلا أنه بعفو أحدهما سقط نصيب العافى، وانقلب نصيب الذى لم يعف مالاً، واستقام إيجاب السعاية عليه بسبب الجنایة؛ لأنه حال ما يجب عليه المال هو حر أو مكاتب، ويستقيم أن يجب للمولى على معتقه أو مكاتبه دين.

فإن قيل: يجب أن يسعى فى نصف الدية للذى لم يعف؛ لأنه حر فى حال ما يجب عليه السعاية.

قلنا: إن كان حرًا حال وجوب المال إلا أنه كان عبداً وقت الجنایة، والمال إنما

يجب عليه بسبب الجنائية، فلا بد من اعتبار الطرفين، فأجبنا القيمة باعتبار الطرف الأول، وباعتبار الطرف الأخير أوجبنا المال عليه بخلاف ما لو كان القتل خطأ، فإنه لا يسعى للجنائية فى شىء، وإن كان لو وجب عليه السعاية، فإنما يجب وهو حر؛ لأن الجنائية حين وجدت لم تنعقد موجبة للضمان أصلاً؛ لأنه لا يفيد من الوجه الذى بينا، وإذا انعقد غير موجب للضمان، ولا يجب الضمان من بعد بخلاف ما لو كان القتل عمداً من الوجه الذى بينا.

وإذا قتلت أم الولد مولاهها عمداً، فإن لم يكن لها منه ولد، فعليها القصاص، ولا سعاية عليها لأجل العتق من الوجه الذى ذكرنا، وإن كان لها ولد، فلا قصاص عليه؛ لأنه سقط عنها نصيب ابنها؛ لأن الابن لا يستوجب قصاصاً على والديه، وإذا سقط عنها نصيب الابن سقط عنها الباقي، وانقلب القصاص مالا، واستقام إيجاب المال عليها؛ لأن حال ما يجب عليها هى حرة أو مكاتبة، ثم تسعى فى جميع قيمتها؛ لأنه لم يوجد من الابن عفو نصيبه.

وإنما سقط القصاص حكماً لأنه ثبت للوالدة فى قصاص ابنها شبهة ملك، والقصاص متى يسقط للشبهة لا للعفو، فإنه يجب عليه كمال الدية، ألا ترى أن الأب إذا قتل ابنه عمداً وجب كمال الدية؛ لأن القصاص سقط للشبهة لا بالعفو، فإن له شبهة ملك فى المقتول من حيث إنه كسبه، فوجب كمال الدية، فكذلك هذا بخلاف ما إذا عفا أحد الشريكين فى القصاص، فإنه يجب النصف الدية للآخر؛ لأنه سقط نصيب العافى بالعفو.

وإذا قتل العبد مولاه عمداً وله وليان، فعفا أحدهما عن الدم، فهو عبد على حاله بينهما، ولا شىء للذى لم يعف، وهذا قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله، وقال أبو يوسف رحمه الله: بأنه يقال للعافى: إما أن تدفع إلى الذى لم يعف ربع العبد من نصيبك، أو افده بربع الدية.

وجه قول أبى يوسف رحمه الله: إن العبد بالميراث صار بينهما نصفان؛ لأن وجوب القصاص لا يمنع جريان الإرث، فإذا عفا أحدهما لا بد وأن ينقلب نصيب الشريك مالا؛ لأن نصيب الشريك إنما سقط عن القصاص حكماً لا باختياره، وفى مثل

هذا يجب المال رعاية لحق الشريك كيلا يسقط حقه أصلا من غير رضاه، فانقلب نصيب الشريك مالا وهو نصف نصفه وهو الربع فى نصيب نفسه فيسقط، ونصفه وهو الربع فى نصيب العافى فيثبت، فيقال للعافى: ادفع إلى شريكك نصف ما فى يدك وهو ربع العبد، أو افده بربع الدية.

وأبو حنيفة ومحمد رحمهما الله ذهبا إلى أن القصاص حين ينقلب مالا بعفو أحدهما فالعبد باقٍ على ملك الميت من كل وجه؛ لأن الشركة قبل القسمة باقية على حكم ملك الميت حتى يقضى منها ديونه وتنفذ وصاياه، فالمال الذى يجب بعفو أحد الوليين على قول من يقول بالوجوب يكون على حكم ملك الميت؛ لأنه بدل العبد، والمولى لا يستوجب على مملوكه شيئا، فيسقط ضرورة بخلاف ما إذا كان مكان العبد مديرا وأم ولد، وباقي المسألة بحالها حيث ينقلب نصيب الآخر مالا؛ لأنهما يعتقان بموت المولى، فالمال الذى يجب عليهما بعفو بعض الأولياء لا يكون واجبا للمولى على مملوكه، فلهذا افترقا.

عبارة أخرى لهما فى المسألة: أن القصاص حيث ينقلب مالا بعفو أحدهما، فالعبد باقٍ على حكم ملك الميت من وجه، زائل عن ملكه من وجه؛ لأن الوارث ملك العبد، ولم يملك ملكا جديداً، فمن حيث إنه ملك العبد كان زائلا عن ملك الميت كما فى الوصية، ومن حيث إنه لم يملك ملكا جديداً، بل قام مقام الميت فى أملاكه كأنه هو حتى يرد بالعيب ويرد عليه، فملك الميت باقٍ، فدل أن العبد وقت انقلاب القصاص مالا زائل عن ملك الميت من وجه باقٍ على ملكه من وجه، فمن حيث إنه باقٍ على ملكه من وجه لم يستقم إيجاب المال له عليه؛ لأن إيجاب المال للإنسان على مملوكه قبل الكتابة لا يستقيم، والمال لم يكن واجبا، فلا يجب بالشك والاحتمال.

فإن قيل: كان المال وجب من وجه إلا أن الإيجاب أولى؛ لما فيه من صيانة الدم عن الهدر.

قلنا: إن هدر الدم جائز بعذر، وإيجاب المال على عبده قبل الكتابة غير مشروع بحال من الأحوال لا بعذر، ولا بغير عذر، فكان الميل إلى الهدر، وإنه يجوز بعذر أولى مما لا يجوز بعذر، ولا بغير عذر.

وليس كما لو كان فى التركة موصى له بالثلث ، وباقى المسألة بحالها حيث ينقلب نصيب الموصى له مالا ؛ لأنه حال انقلاب الجنابة مالا العبد زائل عن ملك الميت فى حق الموصى له من كل وجه ؛ لأن الموصى له ملك ملكاً جديداً ، ولم يقم مقام الموصى فى حق الموصى به كأنه هو ، ألا ترى أنه لا يرد بالعيب ولا يرد عليه بخلاف الوارث وبخلاف المدبر ؛ لأن ملك المجنى عليه زائل من كل وجه حال انقلابه مالا ؛ لأنه صار حراً عند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله ، وعند أبى حنيفة رحمه الله : صار بمعنى المكاتب إلا أنه يجوز أن يجب للمولى مال على معتقه ومكاتبه ، فأما لا يجوز أن يجب على عبده قبل الكتابة بحال من الأحوال .

قياس مسألة المدبر من مسألتنا أن لو أعتق الوارثان هذا العبد ، ثم إن أحدهما عفا عن القصاص وهناك يقول : بأن نصيب الآخر ينقلب مالا ؛ لأن وقت انقلابه مالا ، فالعبد زائل عن ملك المجنى من كل وجه - والله أعلم - .

الفصل الحادى عشر

فى القسامة

١٩٣١٨- وإذا وجد قتيل فى محلة قوم، وادعى ولى القتل القتل عمداً أو خطأ، فهذا على وجوه: إما أن يدعى ولى القتل على أهل المحلة كلهم، أو على بعض أهل المحلة، ولم يعين القاتل منهم، وقال: لا أدرى من القاتل منكم؟ أو عيّن بأن ادعى على رجل من أهل المحلة أو اثنين أو ثلاثة منهم أنهم قتلوا وليه عمداً أو خطأ، أو ادعى على واحد من غير أهل المحلة أنه هو الذى قتل وليه، فإن ادعى على جميع أهل المحلة أنهم قتلوا وليه عمداً أو خطأ، وأنكر أهل المحلة فإنه يحلف خمسون رجلاً منهم كل رجل بالله ما قتلته ولا علمت له قاتلاً، والخيار فى التعيين إلى ولى القتل إن كانوا أكثر من خمسين رجلاً، وإن كانوا أقل من خمسين، فإنه يكرر اليمين على الأقل حتى يتم خمسين يميناً، فإن حلفوا غرموا الدية وإن نكلوا، فإنهم يحبسون حتى يحلفوا، فإن حلفوا غرموا الدية، ولم يكن عليهم قصاص.

ولا يحلف المدعى أن أهل المحلة قتلوا وليه، سواء كان الظاهر شاهداً للمدعى، بأن كان بين المقتول وبين أهل المحلة عداوة ظاهرة، أو لم يكن شاهداً للمدعى، بأن لم يكن بين المقتول وبين أهل المحلة عداوة ظاهرة.

والأصل فى هذا: ما روى أن عبد الله بن سهل وجد قتيلاً فى قليب من قلب خيبر، فجاء أخوه عبد الرحمن وابنا عمه حويصة ومحبيصة إلى رسول الله ﷺ يطلبون دمه من أهل خيبر فقال عليه الصلاة والسلام: «تحلف لكم اليهود خمسين رجلاً خمسين يميناً بالله ما قتلوه ولا علموا له قاتلاً»^(١).

(١) أخرجه مسلم فى "صحيحه" ١٢٩١/٣ حديث (١٦٦٩) وفى ١٢٩٣/٣ حديث (١٦٦٨) وأبو داود فى "سننه" ١٧٧/٣ حديث (٤٥٢٠) وفى ١٧٩/٤ حديث (٤٥٢٥) والترمذى فى "سننه" ٣٠/٤ حديث (١٤٢٢) والدارمى أيضاً فى "سننه" ٢٤٨/٢ حديث (٢٣٥٣) والبيهقى فى "الكبرى" ١١٨/٨، ١٢٢ حديث (١٦٢٠٨) و(١٦٢٢١) وأبو عوانة فى "مسنده" ٦١/٤ حديث (٦٠٣٥) والشافعى فى "مسنده" ١٥٤/١ و١٩/١، والنسائى فى "الكبرى" ٢٠٨/٤ حديث

وروى عن زياد ابن أبى مریم قال : جاء رجل إلى النبی ﷺ فقال : يا رسول الله ! إنى وجدت أخى قتيلا فى بنى فلان ، فقال : اجمع منهم خمسين رجلا ، فيحلفون ما قتلناه ولا علمنا له قاتلا ، فقال : يا رسول الله ! ما لى من أخى إلا هذا ، فقال : بلى ومائة من الإبل^(١).

روى أنه وجد قتيل بين وادعه وارحب فى زمن عمر رضى الله عنه ، وكان إلى وادعه أقرب ، فقال عمر رضى الله عنه لوادعه : ليحلف منهم خمسون بالله ما قتلوه وما علموا له قاتلا ، فيحلفون بالله ما قتلنا ولا علمنا له قاتلا ، ثم غرم عاقلتهم الدية فى ثلاث سنين ، فقالوا لعمر رضى الله عنه : لا أيماننا تدفع أموالنا ولا أموالنا تدفع أيماننا ، فقال : لقد حصتتم دماءكم بأيمانكم وإنما غرمتهم الدية لوجود القتيل بين أظهركم .

ثم المعنى فى تخليف خمسين أن المقصود من القسامة أن يظهر القاتل فيقتص منه ؛ لأن فى القصاص حياة ، وتخليف الزائد على الواحد أبلغ فى تحصيل هذا المقصود ، فالزيادة معقولة ، والتقدير بالخمسين غير معقول ، فاتبعنا فيه مورد النص ، والخيار إلى ولى القتيل فى تعيين الخمسين للحديث ، والجمع بين اليمين على البتات ، وبين اليمين على العلم عرف بالحديث وبنوع من المعنى أن الجمع بين الأمرين أبلغ فى تحصيل ما هو المقصد من القسامة ، وهو أن يمتنع الحالف عن اليمين الكاذبة ، فيظهر القاتل ، فيقتص منه ، وهذا لأن الحالف إذا لم يباشر القتل بنفسه ، وعلم بمباشرة غيره ، فمتى حلف على البتات بالله ما قتلت يحلف ؛ لأنه يكون صادقا فى يمينه ، ولا يخير بمباشرة غيره ، فيجب أن يجمع بين الأمرين ، ثم يحلف بالله ما قتلت ، ولا يحلف بالله ما قتلنا ، وذلك لأن من الجائز أن الحالف باشر القتل بنفسه لا غير ، فمتى استحلف على هذا الوجه يجترئ على اليمين ، ولا يقر ؛ لأنه يكون صادقا فى يمينه بالله ما قتلنا ، فيحلف بالله ما قتلت .

فإن قيل : من الجائز أنه لم ينفرد بقتله ، ومتى قتله مع غيره ، فمتى استحلف بالله ما قتلت يجب أنه لا يحث فى يمينه ، فيجترئ على اليمين ، فلا يحصل ما هو المقصود

(٦٩١٥) وفى "المجتبى" ٧/٨ حديث (٤٧١٢) و١٠/٨ حديث (٤٧١٦-٤٧١٧) وأحمد فى "مسنده" ٣/٤ حديث (١٦١٤٠) والحميدى أيضا فى "مسنده" ١٩٦/١ حديث (٤٠٣) والطبرانى فى "الكبير" ٩٩/٦ حديث (٥٦٢٥).

(١) مر الحديث سابقا .

من القسامة .

قلنا : هو وإن لم ينفرد بقتله متى استحلف بالله ما قتلت ، وكان قتل مع غيره ، فإنه يحنث في يمينه ، فإن الجماعة متى قتلوا رجلاً واحداً يكون كل واحد منهم قاتلاً له بكماله ، ولهذا تجب الكفارة على كل واحد منهم ويجب القصاص ، فأما متى اختص بقتله ، فمتى حلف بالله ما قتلنا لا يكون حائثاً في اليمين ، ولأنه متى حلف بالله ما قتلنا يكون استحلاً على فعله وفعل غيره على البتات ، والاستحلاف على فعل غيره لم يشرع على البتات وإنما شرع على العلم ، فلهذا قلنا : بأنه يستحلف بالله ما قتلت ، ثم تجب الدية على عاقلة أهل المحلة في ثلاث سنين ؛ لما روى عن عمر رضى الله عنه أنه قضى بالدية على عاقلتهم في ثلاث سنين ؛ ولأن أهل المحلة صاروا قاتلين حكماً ، ولو كانوا قاتلين من حيث الحقيقة خطأ ، أو شبه العمد وجبت الدية على عاقلتهم ، فهنا أولى .

فإن لم يكن في المحلة خمسون رجلاً كررت الأيمان على بعضهم حتى يكمل خمسين يميناً ، وذلك لما روى أنه أتى إلى عمر رضى الله عنه تسعة وأربعون رجلاً من وادعه وحلفهم ، ثم كرر اليمين على واحد منهم حتى تم خمسون يميناً ؛ ولأن المأخوذ علينا في القسامة شيان مراعاة عدد اليمين خمسون يميناً ، ومراعاة عدد الحالفين خمسون رجلاً ، لو قدرنا على مراعاة الأمرين لزمنا مراعاة كلا الأمرين ، فإذا عجزنا عن أحدهما وهو مراعاة عدد الحالفين ، وقدرنا على مراعاة عدد الأيمان لزمنا مراعاة ما قدرنا عليه .

١٩٣١٩- هذا إذا ادعى ولي القتل على جميع أهل المحلة عمداً أو خطأ ، فأما إذا ادعى القتل على بعض أهل المحلة لا بأعيانهم ، فكذا الجواب : تجب القسامة والدية على أهل المحلة ؛ لأن الدعوى على بعض أهل المحلة لا بأعيانهم ، وإنهم لا يتميزون من الباقي دعوى على الكل ، ولو ادعى ولي القتل على جميع أهل المحلة وجبت الدية والقسامة على جميع أهل المحلة للنصوص ، فكذا هنا .

فأما إذا ادعى على بعض أهل المحلة بأعيانهم ، بأن ادعى على واحد منهم ، أو اثنين ، أو ثلاثة أنهم قتلوا وليه عمداً أو خطأ ، فكذا الجواب أيضاً ، يجب القسامة ، والدية على أهل المحلة كما لو ادعى القتل على جميع أهل المحلة .

هكذا ذكر محمد رحمه الله في الكتاب ، ولم يذكر فيه القياس والاستحسان ، وروى عن أبي يوسف في غير رواية الأصول أنه قال : القياس أن تسقط القسامة والدية عن الباقيين من أهل المحلة ، ويقال لولى القتل : ألك بينة؟ فإن قال : لا ، يستحلف المدعى عليه يميناً واحدة ، ولكنه في الاستحسان تجب القسامة والدية على أهل المحلة .

وجه القياس وهو أن إيجاب القسامة والدية على أهل المحلة لوجود القتل بين أظهرهم ، وقد احتمل أن يكون القتل منهم ، أو من غيرهم ، أمر عرف نصاً ، بخلاف القياس ، فيراعى جميع ما ورد به النص من الشرائط ، والنص إنما أوجب القسامة والدية على أهل المحلة بشرطين : بوجود القتل في مكان ينسب إليهم ، وبأن يدعى لولى القتل قتل عليهم كما في حديث عبد الله بن سهل ، فإن القتل وجد في مكان ينسب إلى اليهود وهو خير ، وقد ادعى أولياء عبد الله بن سهل على يهود خير ، وهنا وإن وجد القتل في مكان ينسب إلى أهل المحلة لم توجد الدعوى على أهل المحلة ، وإنما وجد على واحد منهم بعينه ، فلو أوجبنا القسامة والدية أوجبناه بالقياس لا بالنص ، وإنه عرف بخلاف القياس ، ولهذا لم تجب القسامة والدية إذا ادعى على واحد من غير أهل المحلة ، وكذا إذا ادعى على واحد منهم بعينه ، وفي الاستحسان : تجب القسامة والدية على أهل المحلة ؛ لأن بعض النصوص أوجب القسامة والدية على أهل المحلة مطلقاً بلا فصل بينما إذا وجد الدعوى على واحد منهم بعينه أو على جميع أهل المحلة ، فمتى أوجبنا القسامة والدية على أهل المحلة هنا ، فإنما نوجبه بالنص لا بالقياس .

وأما إذا ادعى القتل على واحد من غير أهل المحلة لم يكن على أهل المحلة قسامة ولادية ؛ لأننا أوجبنا القسامة والدية على أهل المحلة ثمة ، فإنما نوجبه بالقياس لا بالنص ؛ لأنه لم يرد نص بإيجاب القسامة^(١) والدية على أهل المحلة متى وجد الدعوى على غيرهم ، فيرد هذا إلى ما يقتضيه القياس ، وإليه أشار أبو يوسف رحمه الله ، فقال : القياس هذا إلا أنا تركنا القياس بالأثر .

وإذا لم تجب القسامة والدية على أهل المحلة في هذه الصورة ، فقال للمدعى : أ لك بينة على ما ادعيت؟ فإن قال : نعم ، أقامها ويثبت ما ادعاه ببينة ، وإن لم يكن له بينة

(١) هكذا في ظوف وم ، وكان في الأصل "القسامة" .

يحلف المدعى عليه ميميناً واحدة، ولا يحلف خمسون ميميناً؛ لأن القسامة أمر عرف بخلاف القياس بالنص، وإنما أوجب النص القسامة في موضع وجد الدعوى على أهل المكان الذى وجد فيه القتل، ففيما إذا وجد الدعوى على غير أهل المكان الذى وجد فيه القتل بقضية القياس عليه، وباقي المسألة مرت في كتاب القضاء ولأولياء القتل أن يختاروا صالحى أهل المحلة، وأهل البلدة والعشيرة الذين وجد القتل بين أظهرهم؛ لأن القسامة إنما شرعت لاستعظام شأن الدم ليظهر القاتل، فيقتل فيحصل به الإحياء، وهذا المقصود إنما يحصل بتحليف الصلحاء، فإنهم يتخرجون عن اليمين الكاذبة، وأما الفاسق لا يبالى.

قال الفقيه أبو منصور الماتريدى: القياس أن يحلف فاسقو العشيرة؛ لأن القتل منهم يكون غالباً، وهم أهل التهمة، قلنا: تعيين صالحى العشيرة استحسان رجاء أن يتخرجوا، فتظهر فائدة القسامة، فإن لم يوجد فى المحلة من الصلحاء خمسون رجلاً، فأراد لولى القتل أن يكرر اليمين على الصلحاء حتى تم خمسون ميميناً، هل له ذلك أم يضم إليهم من فاسقى العشيرة ما يكمل به خمسين رجلاً؟ لم يذكر محمد رحمه الله هذا الفصل فى الكتاب، وروى عنه فى غير رواية الأصول: أنه ليس لولى القتل ذلك، ولكنه يختار من بقى فى المحلة حتى يكمل خمسون رجلاً، وذلك لأن المأخوذ علينا فى القسامة شيثان، مراعاة عدد الأيمان ومراعاة عدد الحالفين، فما لم يقع العجز عن مراعاة أحدهما لا تسقط مراعاته، وقد أمكننا مراعاة الأمرين إذا كان فى المحلة من يتم عدد الحالفين خمسين رجلاً.

فإذا وجد القتل بين قريتين أو سكتين، فإنه يقاس، فإلى أيهما أقرب كان عليه القسامة والدية، وذلك لما روى أبو سعيد الخدرى رضى الله عنه أن النبى ﷺ أمر أن يذرع بين القريتين فى قتل وجد بينهما، قال: فرأيت رسول الله ﷺ يقيس بين القريتين، وهكذا روى الشعبى عن مسروق عن عمر رضى الله عنه أنه قال: قيسوا بين القريتين أيهما كان أقرب إلى القتل، فاستحلفوا منهم خمسين رجلاً بالله ما قتلنا، ولا علمنا له قاتلاً، ثم غرموهم الدية^(١).

(١) أخرجه البيهقى فى "الكبرى" ١٢٤/٨ حديث (١٦٢٢٧) وفى ١٢٦/٨ حديث (١٦٢٣٠)، وذكره ابن حجر فى "الفتح" ٢٣٧/١٢ والزرقانى فى شرحه ٢٤٨/٤ والسند فى الحاشية ٧/

وعن على رضى الله عنه أنه قال : فعلى أقربهما ولأنه لو وجد قتيل فى قرية ، فإن الدية والقسامة تجب على أهل القرية التى وجد فيها القتيل ، وإن كان يجوز أن يكون قتيل قرية أخرى ؛ لأن هذه القرية أقرب إلى القتيل من الأخرى ، فإذا وجد بين القريتين ، يجب على أقربها الدية ، وإن كان يجوز أن يكون قتيل الأبعد ، قالوا : إنما تجب الدية ، والقسامة على أقرب القريتين ، إذا كان بحال يسمع الصوت منه ، فأما إذا كان بحال لا يسمع الصوت منه ، فإنه لا تجب القسامة ، والدية على واحد من القريتين ، وإنما يراعى حال المكان الذى وجد به القتيل ، ولم يذكر محمد رحمه الله هذا الشرط فى الكتاب ، وإنما ذكره هلال الرازى فى كتاب الوقف ، ورواه عن أصحابنا ورواه أبو الحسن الكرخى أيضاً عن أصحابنا ، وإنما اعتبروا سماع الصوت لأنه إن كان بحال يسمع منه الصوت يجب عليهم الغوث ، وإن كان بحال لا يسمع منه الصوت ، لا يجب عليهم الغوث ، ثم فى كل موضع وجب القسامة ، وحلف القاضى خمسين رجلاً ، فنكلوا عن الحلف حبسوا حتى يحلفوا ، هكذا ذكر فى الكتاب .

وروى الحسن بن زياد عن أبى يوسف رحمه الله أنه قال : لا يحبسون ولكن يقضى بالدية على عاقلتهم فى ثلاث سنين ، قال ابن مالك : هذا قوله الآخر ، وكان ما ذكر فى ظاهر الرواية قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وهو قول أبى يوسف رحمه الله الأول .

وجه قوله الآخر : وهو أنه لا يحبس فى سائر الدعاوى ، متى نكل المدعى عليه عن اليمين ليحلف ، ولكن يقضى عليه بما ادعاه المدعى ، فكذلك هنا .

وجه ما ذكر فى ظاهر الرواية وهو أن فى سائر الدعاوى إنما لا يحبس إذا نكل ؛ لأنه حصل ما هو المقصود من الاستحلاف ، فإن المقصود من الاستحلاف أن ينكل ، فيستحق المدعى المدعى به ، وقد حصل للمدعى هذا المقصود لما نكل ، فأما المقصود من القسامة^(١) أن يقر أحدهم بالقتل عمداً فيقتل ، ولهذا قال عمر رضى الله عنه : إنما حصتتم دماءكم بآيمانكم ، وإنما كان المقصود من الاستحلاف وجوب القصاص ، ولم يكن

٢٥٤ وكذا فى "مجمع الزوائد" ٦/ ٢٩٠ ومسند أحمد ٣/ ٨٩ حديث (١١٨٦٣) .

(١) هكذا فى الأصل وم ، وكان فى ظوف "القتل" .

القضاء بها^(١) بالنكول، فوجب الحبس حتى يحلف، أو يقر حتى لو كان ولي القتل يدعى الخطأ إذا نكل أهل المحلة، فإنه يقضى بالدية على عاقلتهم، ولا يحبسون ليحلفوا، إنما يحبسون، فيحلفوا إذا وقع الدعوى في العمد؛ لأن المقصود من الحلف بعد لم يحصل بالنكول.

١٩٣٢٠ - وفي "المنتقى": إذا وجد قتيل بين قريتين أرضهما وطريقهما مملوك لقوم يبيعون أرضهما وطريقهما، فهو على الرؤوس، قال: وهذا قول محمد رحمه الله، وسيأتي بعد هذا قول أبي يوسف رحمه الله بخلاف قول محمد رحمه الله، وإذا وجد في أرض قرية وهو إلى بيوت قرية أخرى أقرب، فإن كان الأرض الذي وجد فيه القتل مملوكًا، فهو على صاحب الملك، وإن لم يكن مملوكًا، فهو على أقرب القريتين، وفيه أيضًا: سئل محمد رحمه الله عن قتيل وجد بين قريتين أهو إلى أقربهما إلى الحيطان أو الأرضين؟ قال: إن كانت الأرض ليست بمملوكة لهم إنما ينسب إلى القرية، كما تنسب الصحارى، فهو على أقربهما بيوتًا.

١٩٣٢١ - وإذا وجد الرجل قتيلًا في قبيلة بالكوفة، وفيها سكان يسكنون فيها بإجارة أو إعارة، وفيها من قد اشترى من دورهم وأهل الخطة ذكر أن القسامة والدية على أصحاب الخطة إذ ليس على السكان والمشتري من ذلك شيء.

هكذا ذكر في الكتاب ولم يحك فيه خلافاً، وقد روى عن أبي يوسف رحمه الله في غير رواية الأصول روايتان: قال في رواية: تجب القسامة والدية على السكان ولا تجب على الملاك، وقال في رواية: يجب على الكل، الساكن والمشتري وصاحب الخطة في ذلك سواء.

وأما وجه ما روى عنه أنه يجب على السكان أن القسامة والدية على أهل القسامة أمر ثبت نصاً بخلاف القياس؛ لأن الشرع جعلهم قتلة من حيث الحكم لما أوجب عليهم القسامة، ولم يوجد القتل منهم حقيقة، وهذا خلاف القياس وكرر اليمين، وإنه خلاف القياس على ما بينا، والنص إنما أوجب القسامة على السكان لا على الملاك، بيانه في حديث عبد الله بن سهل قال: أن النبي ﷺ إنما أوجب القسامة والدية على أهل خير،

(١) هكذا في ظ، وكان في الأصل وم "ههنا".

وهم كانوا ساكنين ثمة، ولم يكونوا ملاكاً، فإن الملك فى خير كان للمسلمين، والنبي ﷺ دفعها إلى اليهود معاملة^(١)، وما ثبت نصاً بخلاف القياس يراعى ما ورد به النص، والنص أوجب القسامة والدية على السكان لا على الملاك، والدليل على صحة هذا ما لو وجد فى سفينة قتيل أو على دابة ورجل يسوقها، فإن القسامة تجب على ساكنى السفينة لا على مالكها، وفى الدابة تجب على السائق لا على المالك، فكذلك هذا.

وأما وجه الرواية التى تجب على الكل وهو أن المعنى الذى له ولأجله وجبت القسامة، والدية على أصحاب الخطئة من أهل المحلة ذلك المعنى موجود فى السكان والمشتري؛ لأنها إنما وجبت على أصحاب الخطئة؛ لأن عليهم حفظ المحلة عن القتل؛ لأن المحلة تحت رأيهم وتديبرهم، فإذا لم يحفظوا جعلهم الشرع جناة بترك الحفظ حتى لا يهدر الدم تعظيماً لأمر الدم، فكان عليهم القسامة والدية، وهذا المعنى موجود فى السكان والمشتري، فإن عليهم حفظ المحلة عن القتل كما على أصحاب الخطئة، وإذا ساووا أصحاب الخطئة فى استحقاق سبب القسامة والعقل ساووهم فى القسامة والعقل أيضاً؛ لأن المساواة فى السبب توجب المساواة فى الحكم.

وأما أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله: احتجا فى ذلك بأن القسامة والدية إنما عرف وجوبهما بخلاف القياس، والنص أوجبهما على أصحاب الخطئة من أهل المحلة، ولم يوجبهما على السكان والمشتريين، بيانه فى حديث عبد الله بن سهل، فإن المروى فى ذلك الحديث أن النبي ﷺ^(٢) أوجبها على يهود خيبر وهم كانوا أصحاب خطئة، ولم ينقل أنه عليه السلام أوجبها على السكان والمشتريين مع أن خير كان لا يخلو عن ساكن أو مشتري يكون فيها علمنا أن السكان والمشتريين لا شاركوا أهل المحلة فى القسامة والدية.

ونوع من المعنى يدل عليه، وهو أن أصحاب الخطئة أصول فى المحلة، والدخلاء فى المحلة أتباع لهم، ألا ترى أن التديبر فى أمور المحلة من نصب المؤذنين والأئمة، وتعهد المسجد والطريق إلى أصحاب الخطئة لا إلى الدخلاء، فصار أصحاب الخطئة بمنزلة

(١) أخرجه الطحاوى فى "شرح معانى الآثار" ٣/١٩٨ و ٤/١٤٩ والبزار فى "مسنده" ٣/٢٣٨ حديث (١٠٢٦).

(٢) والحديث تخريجه قد مضى.

الأصول، والدخلاء بمنزلة الأتباع، والقسامة والدية تجب على الأصول من أهل المحلة ولا تجب على الأتباع، ألا ترى أنه لا يجب على الصبيان والنسوان والعبيد والمكاتبين؛ لأنهم أتباع في المحلة وليسوا بأصول، فكذا هذا، ولأن عاقلة المحلة أصحاب الخطّة، فما بقي واحد منهم لا ينتقل العقل إلى عاقلة أخرى، وانتقل بعاقلة الجاني ما بقي ما عاقلته أحد لا ينتقل العقل إلى عاقلة أخرى، ألا ترى أن المعتق لما كان عاقلته مواليه وموالى الأب ما بقي واحد منهم لا ينتقل العقل إلى موالى أمه، وإذا لم يبق واحد منهم انتقل العقل إليه، فكذا هذا.

وليسوا كالسفينة والدابة، وذلك لأنه لا نص في السفينة توجب القسامة، والدية على المالك، أو على الراكب حتى يعتبر فيه النص، وما لا نص فيه يجب اعتبار معنى النص لو أوجبنا القسامة والدية، ومعنى النص أن القتل وجد في مكان كان تحت رأيهم وتديرهم، والرأى والتدبير في السفينة والدابة، وإنهما مما ينقل من مكان إلى ركب السفينة والدابة لا إلى المالك، فأما فيما لا يحول ولا ينتقل ورد النص بإيجاب القيمة على أصحاب الخطّة، لا على السكان والمشتريين، فيعتبر في البقاع النص لا المعنى، ولأن الملك في البقاع شرع سبباً للغنم وهو المنفعة، فجاز أن يعتبر سبباً لاستحقاق الغرم بخلاف الملك في المنقول، وفرق آخر بين الدار والدابة يأتي بعد هذا إن شاء الله تعالى، وفي فصل الدابة بكلمات آخر تأتي بعد هذا، وكذلك في فصل السفينة كلمات آخر تأتي بعد هذا - إن شاء الله تعالى - .

فأما تعلقه بحديث عبد الله بن سهل قلنا : هذه القصة إنما وقعت قبل فتح خيبر . هكذا روى أن خير يومئذ كان على يد اليهود بصلح، والدليل على صحة هذا أن النبي ﷺ كتب إلى اليهود هذا قتيل وجد بين أبياتكم، فقد أضاف الأبيات إليهم، ولو كان بعد الفتح لكان خيبر ملكاً للمسلمين، فكان لا يضاف الأبيات إليهم، ولئن كانت هذه القصة بعد فتح خيبر يحتمل أن النبي ﷺ من بذلك عليهم، وتركها عليهم بالخراج، وللإمام أن يمين على أهلها بالخراج، والدليل على صحة هذا أن عمر رضى الله عنه لما أجلاه من خيبر، عوضهم، ولو لم يتركها عليهم وجعلها ملكاً للمسلمين لما احتاج عمر رضى الله عنه إلى إعطاء العوض حين أجلاه، وإذا كان كذلك كان إيجاب الدية والقسامة على أصحاب الخطّة لا على السكان والمشتريين .

وقوله : وإنما وجبت القسامة والدية على أصحاب الخطة لأن عليهم حفظ المحلة عن القتل ، قلنا : إنما وجب عليهم لأنهم أصول ، والدخيل فى المحلة بمنزلة التابع ، والشرع أوجب القسامة والدية على من كان أصولاً فى المكان الذى وجد فيه القتل لا على الأتباع ، والدخلاء فى المحلة أتباع ما بقى واحد من الأصول - والله أعلم - .

١٩٣٢٢- وفى "نوادير بشر بن وليد" عن أبى يوسف رحمه الله : إذا وجد القتل فى دار فيها سكان وأربابها غيب ، فالقسامة والدية على أرباب الدار فى قول أبى حنيفة رحمه الله ، وقال أبو يوسف رحمه الله : على السكان ، وإن كانوا ينقلبون إلى أهاليهم بالليل مثل الخياط والصباغ يكونون بالنهار فى موضع ، وينصرفون إلى أهاليهم بالليل ، فلا شىء عليهم .

١٩٣٢٣- وإذا وجد القتل فى دار رجل قد اشترى وهو من غير أهل الخطة ، فإن أهل الخطة برأء من ذلك ، والقسامة على صاحب الدار ، والدية على قومه ، وذلك لأن صاحب الدار هو المختص بالرأى والتدبير فى أسباب داره ، وليس لأهل الخطة معه فى ذلك شركة ، وإذا لم يكن لأهل الخطة معه شركة فى الرأى والتدبير فى داره ، بل كان هو المنفرد فى ذلك دون أهل الخطة كان أهل الخطة من الدار بمنزلة محلة أخرى ، وقتيل وجد فى محلة لا يوجب القسامة والدية على محلة أخرى ؛ لأنه لا شركة لهم فى الرأى والتدبير فى المحلة التى وجد فيها القتل ، فكذلك هذا إلا أن القسامة تجب على صاحب الدار خاصة ، والدية على عاقلته ؛ لأن صاحب الدار فى داره بمنزلة أهل المحلة فى المحلة ولو وجد فى المحلة قتيل وجبت القسامة على أهل المحلة ، والدية على عاقلته ، فإذا وجد القتل فى الدار تجب القسامة على صاحب الدار والدية على عاقلة صاحب الدار ، هكذا ذكر محمد رحمه الله هذه المسألة فى الأصل فى موضع .

وذكر فى موضع آخر من الأصل أن القسامة والدية على قوم صاحب الدار ، وإذا اتفقت الروايات أن الدية على قومه ، واختلفت الروايات فى القسامة ذكر فى بعض الروايات : أنها تكون على المشتري خاصة ، وذكر فى بعض الروايات أنها تكون على عاقلة المشتري ، وحكى عن الكرخي : أنه وفق بين الروايتين ، فقال : معنى الرواية التى قالت : إنها تجب عليه خاصة إذا كان قومه غيباً ، ومعنى الرواية التى قالت : إنها تكون

عليه وعلى قومه أن يكون قومه حضوراً -والله أعلم- .

١٩٣٢٤- وإذا باع أهل الخطة دورهم حتى لم يبق منهم أحد في المحلة ثم وجد قتيل في سكة من سككهم ، أو في مسجد من مساجدهم ، وفيها سكان ومشترون ، فإن القسامة على المشتري ؛ لأن التدبير والرأى في أسباب المحلة انتقل إلى المشتري ، فقام المشترون مقامهم ، فإذا قاموا مقامهم لزمهم ما لزم أهل الخطة ، ثم يجب على المشتري لا على السكان ؛ لأن تدبير المحلة إلى من يكون أصلاً في المحلة ، والملاك أصول والسكان أتباع ، فكان السكان بمنزلة النسوان والصبيان من أهل المحلة ، ولا يجب عليهم قسامة ولا دية ، فكذا هذا ، وهذا الذي ذكر قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ، فأما على قول أبي يوسف رحمه الله في إحدى الروايتين عنه : تجب القسامة ، والدية على السكان لا على المشتري الذين هم ملاك .

وفي رواية يقول : تجب على المشتري والسكان كما لو كان في المحلة أهل خطة وسكان ، وإذا وجد في دار أحد من المشتري ، فعليه القسامة والدية على عاقلته كما لو كان في المحلة أهل خطة ، وقد وجد قتيل في دار أحدهم كانت القسامة على صاحب الدار ، والدية على عاقلته ، وسائر أهل المحلة براء من ذلك ؛ لأن صاحب الدار هو المختص بالرأى والتدبير في داره ، فكذا هنا -والله أعلم- .

١٩٣٢٥- قال محمد رحمه الله في "الجامع الصغير" : في رجل اشترى داراً ، فلم يقبضها من البائع حتى وجد فيها قتيلاً فالدية على عاقلة من كانت الدار في يده وهو البائع ، وإن كان في البيع خيار للبائع ، فالدية على عاقلة من كانت الدار في يده ، فإن كانت في يد البائع ، فعلى عاقلة البائع ، وإن كانت في يد المشتري ، فعلى عاقلة المشتري ، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله : إذا لم يكن في البيع خيار فالدية على عاقلة المشتري ، وإن كان فيه خيار ، فالدية على عاقلة الذي يصير الدار له .

والأصل أن أبا حنيفة رحمه الله يعتبر لوجوب الدية على العاقلة اليد الحقيقية ؛ لأن بها تثبت القدرة على الحفظ ، وهما يعتبران الملك ، هما يقولان : وجوب الدية على العاقلة إنما كان ؛ لأنهم صاروا جناة بترك الحفظ ، وإنما ينسب إلى ترك الحفظ من جعل الشرع إليه الحفظ ، وحفظ الشيء إنما يملك بملك الرقبة ، فيكون المالك هو المقصر ،

فيصير قاتلاً تقديرًا، ولأبى حنيفة رحمه الله أن القدرة على الحفظ حقيقة باليد يكون إلا أن الملك سبب اليد، فيقام مقام اليد، فالملك كالحلف في الحفظ، واليد كالأصل، ولا شك أن اعتبار الأصل عند التعارض أولى من اعتبار الحلف، ألا ترى أن اليد بدون الملك يقدر الإنسان على الحفظ، والملك بدون اليد لا يقدره على الحفظ، فكانت اليد هي الأصل، فأما في البيع بشرط الخيار هما لما اعتبر الملك دون اليد والملك موقوف بين أن يصير للمشتري، وبين أن يعود إلى البائع توقف الحكم بتوقف الملك كما في صدقة الفطر، وعنده لما كان المعتبر هو اليد يجب على من يده، ولا ينظر إلى الثاني - والله أعلم -.

١٩٣٢٦ - قال محمد رحمه الله في "الجامع الصغير": دار نصفها لرجل وعشرها لآخر ولآخر ما بقي، فوجد فيها قتيل، فهو على رؤوس الرجال، والأصل في جنس هذه المسائل: أن ما يجب من الدية باعتبار الملك يعتبر فيه عدد الملاك، ورؤوسهم دون تفاوت الملك حتى إن القتل متى وجد في دار بين اثنين أثلاثًا، فالدية تجب بينهما نصفين، وهذا لأن وجوب الدية على الملاك باعتبار تقصيرهم في الحفظ الذي لزمهم بالملك، وولاية الحفظ لا تختلف بتفاوت الملك، ومتى وجبت الدية باعتبار النسبة يعتبر فيه عدد النسبة دون عدد الرؤوس، حتى إذا وجد في مسجد قتيل، أو في محلة اختطها ثلاث قبائل تجب الدية عليهم أثلاثًا، ولا يعتبر فيه عدد الرؤوس؛ لأن وجوب ذلك بسبب التقصير فيما لزمهم من حفظ المسجد، وهم في حق ذلك على السواء - والله أعلم -.

١٩٣٢٧ - قال محمد في "الجامع": دار مملوكة لأحد عشر رجلاً عشرة منهم من بكر ابن وائل^(١) وواحد منهم من قيس، فوجد في هذه الدار قتيل، فديته على أحد عشر جزءً: عشرة أجزاء منها على عاقلة بنى بكر بن وائل، وجزء واحد على عاقلة قيس لما قلنا: إن المعتبر في الملك عدد الملاك، والملاك أحد عشر.

وكذلك دار بين بكر بن وائل وبين قيس أثلاثًا، فوجد فيها قتيل، فالدية على عواقلهم أثلاثًا، وهذا الذي ذكر قول محمد رحمه الله، ورواه عن أبى حنيفة رحمه الله،

(١) هكذا في "ظ" و"ف" و"م"، وكان في الأصل: "من بنى بكر".

وروى عن أبى يوسف رحمه الله بخلاف هذا ، فإنه قال فى دار بين تميمى وهمدانين وجد فيها قتيل : فعلى التميمى : نصف الدية ، وعلى الهمدانين : نصف الدية ، قال : وإنما هذا على عدد القبائل بمنزلة قتيل يوجد بين قريتين هو بينهما سواء فى القرب ، فعلى أهل كل قرية : نصف الدية ، ولا ينظر إلى عدد أهل القريتين .

وكذلك قال أبو يوسف رحمه الله : فى دار بين تميمى وبين أربعة من همدان وجد فيها قتيل ، فالدية بينهما نصفان ، وعند محمد تجب الدية أخماساً .

١٩٣٢٨- وإذا وجد قتيل بين قريتين هو فى القرب إليهما على السواء ، وفى إحدى القريتين ألف رجل ، وفى الأخرى أقل من ذلك ، فالدية على القريتين نصفان بلا خلاف .

١٩٣٢٩- وقال أبو يوسف رحمه الله فى قتيل وجد بين ثلاث دور : دار تميمى وداران لهمدانين وهن جميعاً فى القرب على السواء ، فالدية نصفان ، واعتبر القبيلة دون القرب .

١٩٣٣٠- وإذا وجد القتيل فى دار بين ثلاثة نفر ، فالقسامة على عواقلهم جميعاً أثلاثاً ، وتماخ الخمسين فى الكسر على أى العواقل شاء ولى القتيل ، وليس له أن يختار جميع الخمسين من عاقلة أحدهم ، معنى المسألة أنا إذا جعلنا الخمسين أثلاثاً ينكسر الحساب إذ يصيب^(١) كل عاقلة ستة عشر ميمناً ، يبقى هناك سهمان ، فولى القتيل يختار لذلك من أى العواقل شاء .

١٩٣٣١- قال فى "الجامع" أيضاً : محلة أو مسجد اختطها ثلاث قبائل : إحداها : بكر بن وائل وهم عشرون رجلاً ، والأخرى : بنى قيس وهم ثلاثون رجلاً ، والأخرى : بنى تميم وهم خمسون رجلاً ، فوجد فى هذه المحلة قتيل أو فى هذا المسجد قتيل ، فالدية تجب على القبائل أثلاثاً على كل قبيلة ثلثها ؛ لما مر أن المعتبر فى المسجد والمحلة النسبة ، والنسبة إلى القبائل الثلث هنا على السواء ، فلهذا كانت الدية عليهم أثلاثاً .

وكذا لو كان من إحدى القبائل رجل واحد لا غير فعلى عاقلته ثلث الدية وعلى

(١) هكذا فى "ظ" و"ف" و"م" ، وكان فى الأصل و"م" : "إذ نصيب" .

القبيلتين الباقيتين ثلثا الدية؛ لما مر أن المعتبر في المسجد والمحلة عدد القبائل، والقبائل هنا ثلاثة، فانقسمت الدية أثلاثاً لهذا، وإن كان الرجل من غير القبيلتين إلا أنه حليف لإحدى القبيلتين كانت الدية على القبيلتين نصفين، ولا شيء على قبيلة الحليف؛ لأن الحليف بالمخالفة انقطع من قبيلته، وكان لا يستنصر، ولا يستعين بقبيلته، وأما يستنصر، ويستعين بحلفاءه، وعاقلة الرجل من يستنصر، ويستعين به لا عشيرته وأقرباءه، ولهذا قلنا: بأن أهل الديوان إذا جمعهم راية واحدة وقائد واحد، فجنى واحد منهم، كان عقله على أهل ديوانه لا على أهله وعشيرته؛ لأنه لما ضم نفسه إليهم كان يستعين بهم لا بعشيرته، فكذا الحليف يكون عقله على حلفاءه، وإليه أشار عليه السلام في قوله: «حليف القوم منهم»^(١)، فقد جعل الحليف معدوداً في حلفاءه، فصارت المحلة والمسجد منسوباً إلى قبيلتين لا غير - والله أعلم -.

١٩٣٣٢- قال في "الجامع" أيضاً: محلة اختطها ثلاث قبائل، وبنوا فيها مسجداً، فاشتري رجل من غير القبائل الثلاث دور أحد القبائل حتى لم يبق من أهل القبيلة البائعة أحد، ثم وجد قتيل في المحلة، أو في المسجد كانت الدية أثلاثاً ثلثها على عاقلة المشتري، وثلثاها على القبيلتين الباقيتين؛ لأن المشتري قام مقام القبيلة البائعة في حق نسبة المحلة إليه إذ لم يبق من قبيلة البائعة أحد في حق نسبة المحلة إليه، ولهذا المحلة في الحال ينسب إلى المشتري وإلى القبيلتين الباقيتين.

وإذا قام مقام القبيلة البائعة في حق نسبة المحلة إليه صار كأنه اختط معهم، فإن كان المشتري لتلك الدور رجل واحد من إحدى القبيلتين الباقيتين كانت الدية نصفين على القبيلتين الباقيتين؛ لأن النسبة إلى القبيلة البائعة قد بطلت إذا لم يبق من القبيلة البائعة أحد، وبقيت النسبة إلى القبيلتين، فيقسم الدية عليهما نصفان لهذا، وإن اشترى

(١) أخرجه الطبراني في "الكبير" ١٢/١٧ حديث (٢) والهيثمي في "مجمع الزوائد" ١/١٩٥ و٥/١٩٤، وذكره ابن حجر في "الفتح" ٥٢/٦ و٦٤٣/٨، والمناوي في "فيض القدير" ٣/٣٩٧ وبلغه: "ابن أخت القوم منه" فقط، أخرجه أبو نعيم الأصفهاني في "المسند المستخرج على صحيح مسلم" ٣/١٢٢ حديث (٢٣٦٠) وابن أبي شيبة في "مصنفه" ٣١٨/٥ حديث (٢٦٤٨٣) وعبد الرزاق أيضاً في "مصنفه" ٦٣/٢ حديث (٢٤٩٩) والبراز أيضاً في "مسنده" ٧٣/٨ حديث (٣٠٦٩) والطبراني في "الأوسط" ٨٣/٣ حديث (٢٥٦٣) وسعيد بن منصور في "كتاب السنن" ٣٧٢/٢ حديث (٢٩٠).

رجل من غير تلك القبائل دور القبيلتين، وباقي المسألة بحالها، فالدية نصفان، نصفه على عاقلة الرجل المشتري، ونصفه على عاقلة القبيلة البائعة؛ لأن حكم النسبة إلى القبيلتين قد انقطع، وصارت القبيلتان بمنزلة القبيلة الواحدة لقيام المشتري مقامهم في نسبة المحلة والمسجد إليه، والنسبة في حق الواحد مما لا يتصور تعددها، فصار هذا المشتري في حق نسبة المحلة بمنزلة القبيلة الباقية، فلهذا كانت الدية نصفين.

وإن اشترى رجل من غير هذه القبائل دور القبائل كلها، ثم باع دور إحدى القبائل من قوم شتى، فالدية على عاقلة المشتري الأول مادام له من تلك الدور شيء؛ لأن المشتري الأول لما اشترى دور القبائل صار قائماً مقام أرباب الخطة، وحصلت المحلة له وانتقلت النسبة إليه، فما دام قائماً في هذه المحلة كان من اشترى شيئاً من هذه المحلة دخيلاً في حقه تبعاً له، فلا ينسب المحلة إلى المشتري الثاني مادام الأول قائماً، فصار الثاني مع الأول في حق هذا الحكم كالعدم، ألا ترى أن رجلاً لو اشترى من أهل الخطة بعض دورهم يجعل المشتري معهم في حق هذا الحكم كالعدم، فكذا مع من قام مقام أهل الخطة.

ولو كان المشتري للدور كلها باع دور إحدى القبائل من الذى كانت لهم، أو أقالها معهم، أو رد عليهم بغير قضاء، ثم وجد في المحلة، أو في المسجد قتيل، فالدية على عاقلة المشتري، وإن كان رده عليهم بالعيب بقضاء قاضي، فعلى عاقلة المشتري نصف الدية، وعلى عاقلة التى ردت عليهم النصف؛ لأن في الوجه الأول لم يعد إليهم قديم ملكهم في المحلة في حق عاقلتهم؛ لأن عاقلتهم ثالثهم، والرد بهذه الأسباب في حق الثالث بمنزلة بيع مبتدأ، وفي الوجه الثاني عاد إليهم قديم ملكهم في حق عاقلتهم، فصار كأنه لم يوجد منهم هذا البيع، ولو لم يوجد بأن اشترى المشتري دور القبيلتين لا غير كانت الدية على عاقلة القبيلة الباقية، وعلى عاقلة المشتري نصفان، كذا هنا - والله أعلم -.

١٩٣٣٣ - قال محمد رحمه الله في "الجامع الصغير": "قتيل مر في الفرات بين قريتين، فلا شيء على أحد؛ لأن وجوب الدية والقسامة لأجل التقصير في الحفظ بعد وجود الحفظ، والفرات ليس في ملك أحد ولا يده حتى يجب عليه الحفظ، فيصير جائياً

بترك الحفظ، هكذا ذكر المسألة في "الجامع الصغير".

١٩٣٣٤- وذكر في "الأصل": وإذا وجد الرجل قتيلاً في نهر يجري فيه الماء، فهذا على وجهين: إما أن يكون نهراً عظيماً كالفرات ونحوه، أو صغيراً لقوم معروفين، فإن كان نهراً عظيماً كالفرات ونحوه، فهذا على وجهين: إما إن كان يجري به الماء، أو كان محتبساً على شط من شطوطه لا يجري موضع انبعاث الماء لهذا النهر في دار الشرك أو في دار الإسلام.

فإن كان يجري به الماء وموضع انبعاث الماء في دار الشرك، فدمه هدر، سواء كان يجري في وسطه أو في شطه، أما إذا كان يجري في وسطه فظاهر؛ لأن الموضع الذي يجري فيه الميت ليس تحت يد أحد، وأما إذا كان يجري في شطه لأنه تعذر إيجاب القسامة والدية على أهل الشط الذي ظهر فيه القتل إذا كان الماء يجري بالقتيل، وإن كان هذا الشط تحت رأيهم وتديرهم، فإنهم يأخذون منه الماء ويغرسون الأشجار ويشرعون في الماء؛ لأن الماء إذا كان يجري به علمنا أنه ليس قتيلاً هذا الشط الذي وجد فيه، وإنما هو قتيلاً مكان آخر، فقد تعذر إيجاب القسامة، والدية على أهل الشط الذي وجد فيه القتل، وتعذر إيجاب الدية في بيت المال إذا كان انبعاث الماء في دار الشرك، وإن كان عامة المسلمين مما ينتفعون بمثل هذه الأنهار، فيكون تحت أيديهم؛ لأنه إذا كان موضع انبعاث الماء في دار الشرك والماء تجري، ولعل هذا قتيلاً ذلك المكان أجرى إلى هذا المكان، وذلك المكان تحت أيدي المسلمين، فلا يتيقن بكونه قتيلاً في مكان أيدي المسلمين لا محالة إذا كان موضع انبعاثه في دار الشرك، فتعذر إيجاب دية في بيت المال بخلاف ما لو وجد في فلاة ينتفع به المسلمون على ما هو المذكور في بعض الكتب أن الدية تجب على بيت المال؛ لأن الموضع الذي وجد فيه القتل تحت يد عامة المسلمين وتحت رأيهم وتديرهم فكان على عامة المسلمين دية القتل، فأما هنا لم يتيقن أنه قتيلاً مكان تحت أيدي المسلمين لا محالة إذا كان موضع انبعاث الماء في دار الشرك، وستأتى مسألة الفلات بعد هذا بخلاف ما ذكره هنا.

وأما إذا كان موضع انبعاث الماء في دار الإسلام تجب الدية في بيت المال؛ لأن موضع انبعاث الماء في أيدي المسلمين، فسواء كان القتل مكان انبعاث الماء أو مكان آخر

دون ذلك ، فهو قتيل مكان ذلك المكان تحت أيدي المسلمين وتصرفهم ، فتجب دية في بيت المال ، وهذا بخلاف الدابة إذا كان عليها قتيل ، وهي تسير في المحلة ، فإن الدية تجب على أهل المحلة ، وفي الماء لا تجب الدية على أهل الشط الذي وجد فيه القتيل ، وإن كان ذلك تحت أيديهم لأنه ليس لانبعاث الدابة موضع معلوم ، فيجعل منبعثاً من المكان الذي وجد فيه الدابة ، فيكون قتيل هذه المحلة بخلاف الماء ؛ لأن موضع انبعاثه معلوم ، ولعل هذا من موضع انبعاث الماء الذي ليس في يد المسلمين ، فلا يتيقن بكونه قتيلاً في مكان هو في أيدي عامة المسلمين .

هذا إذا كان النهر عظيمًا كالفرات ونحوه والماء يجري به ، فأما إذا كان محتسبًا على شط من شطوطه لا يجري به الماء ، فهو على أقرب القرى والأرضين من هذا الشط ؛ لأنه إذا كان محتسبًا لا يجري به الماء ، لم يتيقن بكونه قتيلاً مكان آخر ، فجعل قتيلاً هذا المكان لا محالة ، وهذا المكان تحت أيدي أقرب القرى إليه ، فإنهم يأخذون منه الماء ، ويشرعون في الماء ، ويغرسون الأشجار عليها ، فكانت القسامة عليهم كما لو وجد بين قريتين ، وإنه أقرب إلى أحدهما .

قالوا : وهذا إذا كان أقرب القرى إلى هذا الشط بحيث يسمع الصوت منه حتى يجب عليهم الغوث والنصرة ، وأما إذا كان بحيث لا يسمع منه الصوت حتى لا يجب عليهم الغوث والنصرة ، فإنه لا يجب عليهم شيء ، وإنما يجب في بيت المال لأنه تحت يد عامة المسلمين إذا كانوا ينتفعون به ، بخلاف ما إذا كان يجري به الماء ؛ لأننا تيقنا أنه قتيلاً مكان آخر انتقل إلى هذا المكان ، فكان بمنزلة ما لو عاينا انتقال قتيلاً من محلة إلى محلة أخرى لا يجب على المحلة التي انتقل إليها القتيل قسامة ولا دية ، فكذا هنا .

وأما إذا كان نهراً صغيراً لأقوام معروفين ، فإنه تجب القسامة على أصحاب النهر ، والدية على عواقلهم ، وإن كان انبعاث ماء الفرات في دار الشرك ؛ لأنه إذا كان النهر لأقوام معروفين ، فهذا النهر تحت أيديهم ورأيهم وتديرهم ، وإنه منسوب إليهم ، وكان بمنزلة المحلة ، ولو وجد قتيلاً في محلة كانت الدية والقسامة عليهم فكذا هنا .

فإن قيل : يحتمل أنه احتمله من موضع انبعاث الماء الذي هو في دار الشرك ، فلا يتيقن أنه قتيلاً هذا المكان إذا كان تجري به الماء .

قلنا : سقط احتمال هذا الاعتبار لما انقطع نسبة هذا الماء إلى الفرات ، وقد انقطع نسبة هذا الماء إلى الفرات حتى لو حلف لا يشرب من الفرات فشرب من هذا النهر لا يحث في يمينه ، وإذا انقطع نسبته إلى الفرات كان هذا قتيلا هذا النهر لا قتيلا الفرات الذي انبعث ماءه من دار الحرب .

١٩٣٥- وإذا وجد قتيلا في سوق المسلمين أو في مسجد جماعتهم ، فهو في بيت مال المسلمين . قالوا : أراد بهذا أسواق الطرق ، فإنها ليست مملوكة لأحد ، إنما هي للعامة في يد السلطان ، فأما إذا كان سوقا مملوكا لقوم بأعيانهم فالقسامة والدية عليهم كما لو وجد في المحلة ، وإراد بالمسجد المسجد الجامع أو مسجد جماعة تكون في سوق هو لعامة المسلمين ؛ لأن التدبير في مثل هذا المسجد للإمام الذي هو نائب عن عامة المسلمين ، لا إلى أهل السوق ، فأما إذا كان مسجد محلة فهو على أهل المحلة ؛ لأن تدبيره إلى أهل المحلة ، لا إلى الإمام الذي هو نائب عن جماعة المسلمين .

ثم إنما وجب الدية في بيت مال المسلمين إذا وجد القتيلا في مكان هو في يد عامة المسلمين ؛ لما روى أن شيخا وجد قتيلا في المسجد الحرام في الزحام^(١) في زمن عمر رضي الله عنه ، فوداه عمر رضي الله عنه من بيت المال .

وقد روى : أن رجلا وجد قتيلا بعرفات في الزحام ، فقال عمر رضي الله عنه : أثبتوا بالبينة على قاتله ، فقال على رضي الله عنه : يا أمير المؤمنين المسلم لا يبطل دمه إن وجدت له قاتلا وإلا فأدّ ديته من بيت المال ، فقال عمر رضي الله عنه : أصبت ووداه ، وصار هذا أصلا لنا أن القتيلا متى وجد في مكان هو تحت يد عامة المسلمين أن ديته تجب في بيت المال ، ولو وجد في مكان هو في يد قوم خاص وجبت الدية تعظيما لأمر الدم ، فكذا إذا وجد في مكان هي في يد عامة المسلمين ولا تجب القسامة ؛ لأن القسامة إنما عرف وجوبها بالنص ، والنص إنما أوجب القسامة إذا وجد القتيلا في مكان خاص لأقوام معروفين ، ولم توجد القسامة إذا وجد في مكان هي في أيدي عامة المسلمين ، فإن عمر وعليّا رضي الله عنهما إنما أوجبا الدية في قتيلا يوجد في مكان هي تحت يد عامة

(١) هكذا في ظ ، وكان في غيرها "الزحام" .

المسلمين وتحت رأيهم وتدابيرهم، ولم توجب الدية والقسامة^(١)، فأتبعنا الشرع فى الموضوعين.

١٩٣٣٦- فى "المنتقى": إذا وجد قتيل فى صف من السوق، فإن كان أهل ذلك الصف يبيتون فى حوانيتهم فدية القتل عليهم، وإن كانوا لا يبيتون فى حوانيتهم، فالدية على الذين لهم ملك الحوانيت، قال: وهذا قول أبى يوسف رحمه الله، وذكر بعد هذا، وقال أبو يوسف رحمه الله: فى القتل يوجد فى السوق الدقة^(٢) للسلطان، ولا يبيت فيها من سكانها أحد يختار الولى من أهل تلك السوق خمسين رجلاً، فيقسمون، ثم يجعل الدية على بيت المال؛ لأن ملكها للمسلمين، وكذلك لو وجد القتيل فى المسجد الحرام من غير زحام، وإن قتل بين زحام الناس فى المسجد أو بعرفة أو غيرها، فالدية على بيت المال من غير قسامة، هذه الجملة من "المنتقى".

١٩٣٣٧- وفيه أيضاً: وكل قتيل يوجد فى المسجد الجامع ولا يدري من قتله، أو قتله رجل من المسلمين، ولكن لا يدري من هو، أو زحمة الناس يوم الجمعة فقتلوه ولا يدري من هو، فهو على بيت المال كما تكون على أهل المحلة إذا وجد فيها، وكذلك لو رآه الحاكم فى المسجد الجامع قتله رجل بالسيف ولا يدري من هو، فهو على بيت المال.

وفيه أيضاً: إذا وجد القتيل فى مسجد، إن كان المسجد فى قبيلته، فهو على عاقلة القبيلة، وإن كان لا يعلم لمن المسجد وإنما يصلى فيه غرباء، فإن كان يعلم الذى اشتراه وبناءه كان على عاقلته القسامة والدية، وإن كان لا يعرف من بناءه كان على عاقلة أقرب الدور منه، إن كان درب غير نافذ ومصلاهم واحد كان على عاقلة أصحاب الدور الذين فى الدرب.

وفيه أيضاً: إذا وجد القتيل فى قبيلة فيها عشرة مساجد، فهو على القبيلة كلها، وإذا لم يكن قبيلة، فهو على أصحاب المحلة، قال: وأهل كل مسجد محلته.

وفى "البقالى": وإذا وجد القتيل فى وقف المسجد، فهو كوجوده فى المسجد حتى لو وجد القتيل فى وقف المسجد الجامع كانت الدية فى بيت المال، والمسألة صارت

(١) هكذا فى ظ، وكان فى غيرها "ولم توجب الدية فى القسامة".

(٢) هكذا فى ظ، وكان فى غيرها "الرقبة".

واقعة بسمرقند، وإن كان الوقف على قوم معلومين، فالدية والقسامة عليهم.

١٩٣٣٨- وإذا وجد القتل في فلاة من الأرض، فليس فيه شيء، هكذا قال في "الأصل"، وذكرنا مسألة الفلاة على سبيل الفرق قبل هذا.

وذكرنا أن فيه الدية في بيت المال، فصار في المسألة روايتان، كان ينبغي على رواية الأصل أنه يقال: إنه تجب الدية في بيت المال، كما في مسألة المسجد الجامع والسوق التي للعامة، والمعنى الجامع بينهما أن الفلاة على ملك عامة المسلمين، ألا ترى أن أبا حنيفة رحمه الله قال: فيمن أحيأ أرضاً من الفلاة بغير إذن الإمام أنه لا يملك ذلك، فثبت أنه باق على ملك عامة المسلمين، فصار كالمسجد والسوق، فوجب أن يجب فيه الدية أيضاً.

قال الشيخ الإمام شيخ الإسلام خواهر زاده: تأويل هذه المسألة إذا كان فلاة انقطع عنها منفعة المسلمين؛ لأنه إذا انقطع عنها منفعة المسلمين لا يكون تحت أيديهم ورأيهم وتديبرهم، فأما إذا كان فلاة لم تنقطع عنها منافع المسلمين فإنه تجب الدية في بيت المال؛ لأنه يكون تحت أيديهم ورأيهم وتديبرهم، فعلى هذا لا يحتاج إلى الفرق بين الفلاة وبين المسجد؛ لأن المسجد الجامع في يد العامة، ولو كان الفلاة في يد العامة تجب الدية أيضاً على ما ذكره شيخ الإسلام، والشيخ الإمام الزاهد أحمد الطواويسى أجرى مسألة الفلاة على إطلاقها كما ذكرها محمد رحمه الله في الأصل، وفرق بين الفلاة والمسجد الجامع.

والفرق أن المسجد الجامع والسوق بقرب من المسلمين، فيمكنهم أن يصونوه عن مثل هذا، وإذا لم يصونوه فقد صاروا جناة، فقلنا: إنه تجب عليهم الدية، وأما الفلاة فهي بعيدة منهم، فلا يمكنهم أن يصونوها عن مثل هذا، فلا يكون عليهم في مثل ذلك شيء، والدليل على الفرق بينهما أنه لو حفر بئراً في سوق المسلمين، أو وضع حجراً حتى تعلق به إنسان فمات، فإنه تلزمه الدية، وبمثله لو فعل ذلك في الفلاة في غير الطريق لم يكن عليه ضمان ذلك، فدل أنهما قد يفترقان.

١٩٣٣٩- وفي "المنتقى": إذا وجد قتل على الجسر أو على القنطرة، فذلك على بيت المال، وإن وجد القتل في بعض هذه الطرق العظام التي ليس يملكها أحد وإنما هي لجماعة المسلمين، فإن الدية على أدنى أهل المحال التي يشرع إلى هذا الطريق.

١٩٣٤٠ - وفيه أيضاً : إذا وجد القتيل فى مثل خندق مدينة أبى جعفر ، فهو بمنزلة أهل الطريق الأعظم على قرب المحال إليه ، فإن وجد فى أرض ليست ملكاً لأحد جزيرة أو فلاة من الأرض ، فعلى أدنى القرى إليه من يسمعهم الصوت ، فإن لم يكن حوله من القرى من يسمع الصوت من عند القتيل إلى القرى قدمه هدر .

١٩٣٤١ - وإذا جرح الرجل فى قبيلة أو أصابه حجر لا يدرى من رماه فشجه ، فلم يزل صاحب فراش حتى مات ، فعلى الذين أصيب فيهم الدية والقسامة ؛ لأن هذا قتيل وجد فى محلة أو قبيلة لا يدرى من قاتله ، فتجب القسامة على أهل القبيلة ، والدية على عواقلهم .

وإن لم يصبر صاحب فراش وكان صحيحاً يذهب ويجىء ، ثم مات ، فلا شىء فيه على أهل المحلة الذى جرح فيها ، وذلك لأن أهل المحلة صاروا جارحين له حكماً لما جرح فى المحلة ولا يدرى من جارحه ، فيعتبر بما لو باشروا جرحه كان الجواب على هذا التفصيل ، فكذا هذا ؛ لأن الموت لا بد له من مرض يتقدمه ، فمتى صار صاحب فراش عقيب الجراحة ، ومات ، علمنا أن مرض الموت حدث من الجراحة ، وكان مضافاً إليه مع حكمه ، وهو الموت ، وإذا كان صحيحاً يذهب ويجىء ما حدث من مرض الموت بعد ذلك لا يمكن أن يجال إلى الجراحة ، وقد تخلل بينهما صحة ، فجعل ميتاً حتف أنفه ذكر المسألة فى الأصل من غير ذكر خلاف .

وذكر المسألة فى "المنتقى" وزاد فيها ، فحمل إلى أهله ، وذكر أن على قول أبى حنيفة رحمه الله : إذا لم يزل منها صاحب فراش حتى مات ، فعلى أهل المحلة الدية والقسامة ، وإن كان يجىء ويذهب ، ويخرج ثم مات ، فلا ضمان ، ولا قسامة ، وقال أبو يوسف رحمه الله : لا شىء فيه إذا حمل إلى أهله حياً وهو قول ابن أبى ليلى .

١٩٣٤٢ - وفيه أيضاً : رجل معه جريح وبه رمق ، حمله رجل إلى أهله ، فمكث جريحاً يوماً أو يومين ، ثم مات ، فلا ضمان على الذى كان فى يده عند أبى يوسف رحمه الله ، وفى قياس قول أبى حنيفة رحمه الله : هو ضامن ، وهذا بناء على المسألة الأولى ؛ لأن يد هذا بمنزلة المحلة ، فصار وجوده جريحاً فى يد هذا بمنزلة وجوده جريحاً فى المحلة .

١٩٣٤٣- وإذا وجد قتيل في عسكر، والعسكر قد نزلوا في الأرض، فهذا على وجهين: إما أن نزلوا في ملك خاص لرجل، أو نزلوا في موضع مباح لا يملكه أحد، وكل وجه من ذلك على وجهين: إما أن نزلوا قبائل متفرقين، أو نزلوا جملة مختلطين، وقد وجد القتيل في فسطاط أحدهم، أو في خيمة أحدهم، أو وجد خارج الخيمة والفسطاط، فإن كانوا نزلوا في ملك خاص لرجل، فالقسامة والدية على مالك هذا المكان، سواء وجد قتيلا في الخيمة والفسطاط أو خارج الخيمة نزلوا قبائل متفرقين أم نزلوا جملة مختلطين؛ لأن العسكر في هذا المكان بمنزلة السكان، والقسامة والدية على المالك لا على السكان.

وهذا الجواب لا يشكل على قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، فإنهما يقولان: بوجوب الدية والقسامة على الملاك لا على الساكن في الدار والمحلة، فكذا هذا.

وإنما الإشكال على قول أبي يوسف رحمه الله على الرواية التي قال: يجب على الساكن، لا على الملاك في المحلة والدار جميعاً، وهنا يقول: يجب على الملاك لا على الساكن.

ووجه الفرق له ظاهر، وهو أن العسكر نزلوا هذا المكان للانتقال لا للقرار، وما لا قرار له وجوده وعدمه بمنزلة فكأنهم مارّون، فأما الساكن في الدار والمحلة إنما نزل للقرار لا للانتقال، فإذا كان هذا السكنى للقرار، لا للانتقال لا بد من اعتباره، فتجب القسامة والدية على الساكن لا على المالك؛ لما ذكرنا.

فأما إذا نزلوا في موضع مباح، فهذا على وجهين: إما أن نزلوا قبائل قبائل أو مختلطين جملة، فإن نزلوا قبائل قبائل إن وجد هذا القتيل في خيمة أحدهم أو فسطاط أحدهم، فإنه تجب القسامة والدية على صاحب الخيمة والفسطاط؛ لأن الرأي والتدبير في الخيمة والفسطاط إلى صاحبها لا يشاركه في ذلك أحد، فيشبه من هذا الوجه الدار في محلة يوجد فيها قتيل، وهناك القسامة والدية تجب على صاحب الدار لا على المحلة فكذلك هنا.

فأما إذا وجد خارج الخيمة في قبيلة، فإنه تجب القسامة والدية على القبيلة التي

وجد فيها القتل ؛ لأنهم لما نزلوا قبائل في أماكن مختلفة صاروا بمنزلة المحال المختلفة في المصر ، وفي المصر إذا وجد قتل في محلة تجب الدية والقسامة على أهل المحلة التي وجد فيها القتل ؛ لأن الرأى والتدبير في تلك المحلة إليهم دون غيرهم فكذلك هذا ، ألا ترى أنه ليس لغيرهم إزعاجهم من هذا المكان ، فإن وجد بين القبيلتين ، فإن كان القتل إلى القبيلتين على السواء ، تجب القسامة والدية عليهما ، وإن كان إلى أحدهما أقرب ، فعلى أقربهما كما لو وجد بين المحلتين أو القريتين .

١٩٣٤٤ - هذا إذا نزلوا قبائل قبائل ، فأما إذا نزلوا مختلطين جملة في مكان واحد إن وجد القتل في خيمة أحدهم أو فسطاط أحدهم ، فعلى صاحب الخيمة والفسطاط ؛ لما ذكرنا ، وإن وجد خارج الخيام ، فعلى أهل العسكر كلهم ؛ لأنهم لما نزلوا جملة في مكان واحد صارت الأمكنة كلها بمنزلة محلة واحدة ؛ لأن الأمكنة كلها منسوبة إلى جميع العسكر ، لا إلى بعضهم على الخصوص ، وإن كان أهل العسكر قد لقوا عدوهم من الكفرة ، فأجلوا عن قتل مسلم ، فلا قسامة في القتل ولا دية ، وإن كان لا يدري من قتله .

وكذلك إذا كانت الطائفتان مسلمتان ، لكن إحدى الطائفتين باغية ، والأخرى عادلة ، وأجلوا عن قتل من أهل العدو ، فلا دية في القتل ولا قسامة ، وإن كان لا يدري من قتله . فرقوا بين هذا وبينما إذا قتل الفريقان من المسلمين في عصبية ، ثم أجلوا من قتل ، ولا يدري من قتله كالكلاباذى والدور الذكى ببخارى ، فإنه تجب القسامة والدية على أهل المكان الذى وجد فيه ، وجعل قتل المكان الذى وجد فيه ، ولم يجعل قتل عدوه الذى قاتل معه ، والمسلمون إذا قاتلوا مع المشركين ، فأحلوا^(١) عن قتل من المسلمين لم توجب القسامة والدية على أهل المكان الذى وجد فيه ، ولم يجعل قتل المكان الذى وجد فيه ، وإنما جعل قتل العدو في الموضعين جميعاً إذا كان لا يدري من قتله ، احتمل أن يكون قتل المكان واحتمل أن يكون قتل العدو .

ووجه الفرق بينهما أن المقاتلة إذا وقعت بين المسلمين وأجلوا عن قتل في مكان في دار الإسلام ولا يدري من قتله ، احتمل أن يكون قتل المشركين ، واحتمل أن يكون

(١) وكان في الأصل فقط "أجلوا"

قتيل المكان الذى وجد فيه ، ألا ترى أنه ترجح احتمال أنه قتل المشركين حملاً لأمر المسلمين على الصلاح ، ولهذا جعل شهيداً ، وجعل فى حق الشهادة قتل المشركين لا قتل المسلمين ، إذ لو جعل قتل المسلمين لا يكون شهيداً ؛ لأنه يستحق الدية على أهل ذلك المكان ، والشهيد من يكون عوض دمه على الله تعالى ، قال الله تعالى : ﴿إِنَّ اللَّهَ اشْتَرَى مِنَ الْمُؤْمِنِينَ أَنْفُسَهُمْ﴾^(١) الآية ، فكذلك ههنا ، فإذا ترجح هذا الاحتمال حملاً لأمر المسلمين على الصلاح سقط اعتبار الاحتمال الآخر ، وتعيين هذا قتل أهل الشرك .

فأما فى قتل الفريقين من المسلمين عصبية كالكلاباذى والدورازكى احتمل أن يكون القتل قبل أهل المكان الذى وجد فيه ، واحتمل أن يكون قتل عدوه ، ولم يمكن ترجيح أحد الاحتمالين على الآخر ؛ لأنه إلى أى الأمرين أحلنا القتل عليه لم يكن فيه حمل أمر المسلمين على الصلاح ؛ لأن كلا الفريقين مسلمان ، وإذا لم يترجح أحد الاحتمالين على الآخر بقى حال القتل مشكلاً احتمل أن يكون قتل عدوه الذى يقاتل معه إلا أن إيجاب القسامة على أهل المكان حال وقوع الشك فى القاتل جائز ، ورد به النص ، ولم يرد النص بالقسامة والدية على غير أهل المكان الذى وجد القتل حال وقوع الشك فى القاتل ، فلهذا وجب الدية والقسامة على المكان الذى وجد فيه القتل ، ولم يجب على عدده الذى قاتله فى هذا المكان .

ثم فى مسألة الدورازكى مع الكلاباذى إذا ادعى ولى القتل على الفريق الآخر أنهم قتلوه ، أو على رجل منهم بعينه أنه قتله يبرأ أهل المحلة عن الدية والقسامة ، ولكن لا يثبت القتل على أولئك إلا بحجة ؛ لأن مجرد الدعوى لا يصلح سبباً للاستحقاق ، أما يصلح حسباً لبراءة الغير فيثبت براء أهل المحلة بمجرد الدعوى على غيرهم ، ولا يثبت القتل على ذلك الغير إلا بحجة بخلاف ما إذا عينوا رجلاً من أهل المحلة ، فإن الدية والقسامة على أهل المحلة فى الشرع على حالها ، ولم يتضمن ذلك براءتهم ؛ لأن وجوب القسامة على أهل المحلة فى الشرع دليل على أن القاتل منهم ، وتعين الولى واحداً منهم لا ينافى هذا الأمر لأنه منهم ، وتعيين غيرهم ينافى ذلك ؛ لأن ذلك يبان أن

(١) سورة التوبة : الآية ١١١ .

القاتل ليس منهم، وهم إنما يغرمون إذا كان القاتل منهم تقديرًا، ولم يثبت ذلك عند تعيين الولي غيرهم.

وروى عن أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله : أن القسامة تسقط، وكذلك في مسألة الدورازكى مع الكلاباذى إذا عرف القاتل، فلا دية ولا قسامة في القتل على أهل المحلة، ولكن ينظر إن قتله القاتل دافعاً عن نفسه حين قصد قتله بالسلاح فلا شيء على القاتل، وإن قتله لا في حال قصده إليه لا يجب القصاص، ولكن تجب الدية، ذكر في فصل وجوب الدية السيد الإمام أبو شجاع في "شرح الجامع الصغير" في مسألة قوم أجلوا عن قتيل.

١٩٣٤٥- وإذا وجد الرجل قتيلاً على دابة يسوقها رجل، أو يقودها، أو كان راكبها، فهو على الذى مع الدابة هكذا ذكر محمد رحمه الله، ولم يفصل بينما إذا كان للدابة مالك معروف، وبينما إذا لم يكن بل أطلق الجواب إطلاقاً.

من مشايخنا رحمهم الله من قال : هذا إذا لم يكن للدابة مالك معروف، وإما يعرف ذلك بقول القائد أو السائق، فأما إذا كان للدابة مالك معروف، فإنه يجب على مالك الدابة، وهذا لأنه متى لم يكن للدابة مالك معروف، فالمالك من حيث الظاهر الذى فى يده الدابة، ألا ترى أنه لو ادعى أن الدابة دابته، كان القول قوله، فإذا كان ذو اليد مالكا من حيث الظاهر، فالقسامة والدية تجب عليه بظاهر ملكه، فإذا أراد أن يحوله إلى غيره لا يقدر كما فى الدار إذا أقر الذى فى يده الدار أن الدار لغيره، ولم يكن المقر له مالكا معروفاً للدار لا يصدق ذو اليد، فأما إذا كان مالك الدابة معروفاً، فإنه تجب الدية والقسامة على مالك الدابة لا على الذى فى يده الدابة كما فى الدار، فعلى ما قالوا : لا يقع الفرق بين الدابة والدار.

ونظير هذا ما قال محمد رحمه الله فى كتاب العتاق : إن الرجل إذا استولد جارية فى يده، ثم أقر أنها لفلان إن كان المقر له مالكا معروفاً لهذه الجارية صدق المستولد، ولم تصر أم ولد له، وإن لم يكن المقر مالكا معروفاً للجارية لم يصدق؛ لأنها صارت أم ولد له من حيث الظاهر، فكذاك هذا فمن حمل المسألة على هذا التأويل، لا يحتاج إلى الفرق بين هذا وبين الدار.

ومنهم من قال : سواء كان للدابة مالكاً معروفاً أو لم يكن ، فإن القسامة تجب على الذى فى يده الدابة ، والدابة على عاقلته ، وظاهر إطلاق الجواب فى الكتاب يدل على هذا ، فعلى هذا يحتاج إلى الفرق بين هذا وبين الدار ، فإنه فى الدار تجب القسامة ، والدية على مالك الدار لا على الساكن الذى فى يده الدار عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله ، وهنا أوجب القسامة على الذى فى يده الدابة ، لا على مالك الدابة .

ووجه الفرق ما بيننا ، وفرق آخر أن العبرة فى هذا الباب للتصرف والرأى والتدبير ، والتصرف فى الدار ، والرأى والتدبير فيها يكون للمالك ؛ لأنه لا يتصور انقطاع يده عن ذلك ؛ لأنه وإن أجرها ، فالمؤنة تكون على المالك ، فتكون القسامة عليه ، فأما التصرف فى الدابة والرأى والتدبير إلى من فى يده ؛ لأن زوال يد صاحب الدابة عن الدابة موهوم بالإجارة ، وكذلك بالانفلات ، فتكون القسامة على الذى الدابة فى يده لهذا قالوا ، وقد روى عن أبى يوسف رحمه الله فى غير رواية الأصول : أنه كان يفصل الجواب فى الدابة تفصيلاً ، ويقول : بأن هذا هكذا إذا كان السائق يسوق الدابة محتشماً مخفياً سرّاً ؛ لأن الظاهر أنه هو القاتل إذا كان يسوقها على هذا الوجه .

فأما إذا كان يسوقها غير محتشم نهاراً جهاراً ، فلا شىء عليه ؛ لأن الإنسان قد يحمل أباه أو ابنه ، أو أحداً من أقاربه ميتاً ، وينقله من بلدة إلى بلدة ليدفنه فيه ، وظاهر حاله فى السوق يدل عليه ، فلا نجعله قاتلاً ، فإن لم يكن مع الدابة أحد ، فهو على أهل المحلة ؛ لأنه إذا لم يكن مع الدابة أحد فالدابة فى يد أهل المحلة ، ألا ترى لو ادعوا أن الدابة دابتهم كان القول قولهم ، وإذا كانت الدابة فى يد أهل المحلة كانت القسامة والدية على أهل المحلة بخلاف ما إذا كان مع الدابة سائق ؛ لأنها فى يد السائق لا فى يد أهل المحلة حتى لو وقعت المنازعة بين أهل المحلة وبين السائق ، كان القول قول السائق : إن الدابة دابته .

ويجىء هذا التفصيل الذى ذكرنا فى السائق ، وهو أنه إنما يجب على أهل المحلة إذا لم يكن للدابة مالك معروف ، فأما إذا كان لها مالك معروف ، فإنه يجب على مالك الدابة كما لو كانت الدابة فى يد السائق ، وعند بعضهم تجب القسامة والدية على أهل المحلة فى الحالىن ، كما لو كانت الدابة فى يد السائق والقائد - والله أعلم - .

وأما إذا وجد قتيل في السفينة : فالجواب فيه كالجواب في الدابة . منهم من قال : إنما تجب على الراكب دون المالك إذا لم يكن للسفينة مالك معروف ، فأما إذا كان له مالك معروف يجب على مالك السفينة . ومنهم من قال : بأنه في الحالين يجب على الذين كانت السفينة في أيديهم لا على مالك السفينة ، وإطلاق محمد رحمه الله الجواب يدل على هذا ، والسفينة والدابة سواء ؛ لأنه نص في الموضعين ، فتكون العبرة فيهما لمعنى النص ، ولأنه لا يتصور زوال يد المالك عن السفينة كما لا يتصور زوالها عن الدابة ، فصارت السفينة نظير الدابة من هذا الوجه .

١٩٣٤٦- وإذا وجد الرجل قتيلا في دار نفسه قال أبو حنيفة رحمه الله : بأنه لا يهدر دمه وتجب ديتة على عاقلته ولا تجب القسامة ، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله : بأنه يهدر دمه ولا شيء على عاقلته .

وجه قولهما في ذلك : إن غيره لو وجد قتيلا في داره جعل صاحب الدار قاتلا له حكماً بملك الدار حتى وجبت القسامة والدية على صاحب الدار ، فإذا وجد هو قتيلا بنفسه يجعل قاتلا نفسه حكماً بملك الدار إلا أنه لو باشر قتل أجنبي لم يهدر دمه ، ولو باشر قتل نفسه هدر دمه ، ولم يجب على عاقلته شيء ، فكذا إذا جعل قاتلا حكماً يعتبر القتل الحكمي بالحقيقي في الموضعين .

والدليل على صحة هذا ما قالوا في المكاتب إذا وجد قتيل في داره : هدر دمه ؛ لأن غيره لو وجد قتيلا كان قاتلا له حكماً بملك الدار ، فإذا وجد هو قتيلا جعل قاتلا نفسه حكماً بملك الدار ، والمكاتب متى قتل نفسه هدر دمه ، فكذا هذا .

١٩٣٤٧- وهذا بخلاف ما لو وجد أحد من أهل المحلة قتيلا في المحلة ، فإنه لا يهدر دمه وتجب القسامة على أهل المحلة ، والدية على عاقلتهم كما لو وجد أجنبي قتيلا في المحلة ، فقد سوي في حق المحلة بينما إذا وجد الأجنبي قتيلا في المحلة ، وبينما إذا وجد واحد من أهل المحلة قتيلا في المحلة ، وفرقا في الدار بينما إذا وجد أجنبي فيها قتيلا ، وبينما إذا وجد صاحب الدار ، وذلك لأن أهل المحلة ما ضمنوا إذا وجد الأجنبي قتيلا فيها ؛ لأنهم صاروا قاتلين له حكماً حتى إذا وجد واحد منهم قتيلا يهدر دمه ، وأما ضمنوا لتركهم حفظ المحلة عن القتل ، والرأى والتدبير في أسباب المحلة إليهم بدليل أن

المرأة والمكاتب من أهل المحلة لا يضمنوا شيئاً، ولو جعلوا قاتلين لوجب على الكل، فإذا وجد واحد منهم قتيلاً، فقد وجد من الباقي ترك الحفظ، فصاروا ضامين. فأما الدار إذا وجد فيها أجنبى إنما ضمن صاحب الدار؛ لأنه صار قاتلاً له حكماً بملك الدار لا بترك الحفظ بدليل أن صاحب الدار إذا كان مكاتباً أو امرأة وجب الضمان، فإذا وجد صاحب الدار قتيلاً يجعل قاتلاً نفسه أيضاً حكماً بملك الدار إلا أن من قتل نفسه حقيقة هدر دمه، فكذا إذا صار قاتلاً نفسه حكماً وجب أن يهدر دمه، ولكن هذا الفرق مشكل عندي.

وأبو حنيفة رحمه الله احتج في المسألة بما روى أن رجلاً كان يلعب بسيفه على فرسه، فقتل نفسه، فأوجب عمر رضى الله عنه الدية على عاقلته، فإيجاب عمر رضى الله عنه الدية على عاقلته، وقد تيقن بقتله نفسه يكون إيجاباً على عاقلته حال وقوع الإشكال؛ لأنه قتل نفسه أم قتل غيره من طريق الأولى، واحتج أيضاً بما روى أن النبی ﷺ أنه قال: «لا يترك في الإسلام دم معرج»^(١) ذكر المعنى هذا الحديث في الكتاب، وقال: معناه لا يترك في الإسلام دم بغير دية لم يفصل.

واختلف عبارة المشايخ في المعنى لأبي حنيفة رحمه الله في المسألة من مشايخنا من قال: بأن هذا قتل وجد في دار غيره، فلا يهدر دمه قياساً على ما لو وجد فيها أجنبى، وإنما قلنا: إنه وجد في دار غيره؛ لأنه حين ظهر القتل كانت الدار للورثة.

فإن قيل: كان يجب أن يكون الدية على عاقلة الورثة لا على عاقلته، وقد قال في الكتاب: يجب على عاقلة القتل.

قلنا: تأويله إذا كان عاقلة المقتول وعاقلة الوارث واحد، فأما إذا اختلف عواقلهما فإنه يجب على عاقلة الورثة لا على عاقلة المقتول، وهو اختيار الفقيه أبي بكر الرازى، قيل: هذه الطريقة لا تقوى، وذلك لأن العبرة في إيجاب القسامة والدية لحال الجرح لا لحال الموت، والجرح وجد في الدار والدار دار القتل لا دار الورثة، واعتبر هذا بمن وجد جريحاً في محلة، فانتقل إلى محلة أخرى، ومات فيها، فإنه تجب القسامة والدية على أهل المحلة التي وجد جريحاً فيها لا على المحلة التي مات فيها، والدليل

(١) هذا الحديث لم يوجد.

عليه أن أبا حنيفة رحمه الله لم يوجب القسامة في هذه المسألة ، ولو جعلت الورثة قاتلين له بملك الدار لوجب القسامة على الورثة ؛ لأن الدار ملكهم حين وجد فيه القاتل .

وكذلك يشكل بالمكاتب إذا وجد قتيلا في داره ، فإنه يهدر دمه ، وإن مات عن وفاء وحين ظهر كانت الدار لورثته ، فالطريق الصحيح لأبي حنيفة رحمه الله أن الدار في حق صاحب الدار كالمحلة في حق أهل المحلة ؛ لأنه يجب على صاحب الدار القسامة والدية على عاقلته إذا وجد قاتل في داره ، كما يجب على أهل المحلة إذا وجد فيها قاتل ، ثم رأينا أنه في حق أهل المحلة سوى بين ما إذا وجد فيها أجنبي قتيلا ، أو واحداً من أهل المحلة ، فلم يهدر دم القاتل في الحالين تعظيماً لأمر الدم ، فكذا في الدار وجب أن يستوى بينهما إذا وجد فيها أجنبي ، وبينما إذا وجد صاحب الدار ، أو وجد فيها أجنبي لم يهدر دمه تعظيماً لأمر الدم ، ووجب الدية على عاقلة صاحب الدار ، فكذا إذا وجد فيها صاحب الدار ، وجب أن لا يهدر دمه تعظيماً لأمر الدم ، وتجب ديته على عاقلته .

وفي المكاتب سوى أبو حنيفة رحمه الله أيضاً بينما إذا وجد هو قتيلا في داره ، وبينما إذا وجد غيره قتيلا في داره إلا أنه إذا وجد غيره قتيلا ، لا يجب الدية على العاقلة ؛ لأنه لا عاقلة للمكاتب ، وإنما يجب عليه لأنه عاقلة نفسه ، وإذا وجد هو قتيلا لو وجب الضمان وجب عليه ؛ لأنه عاقلة نفسه ، وقد تعذر الإيجاب عليه ؛ لأنه ميت ، وفي الحر إذا وجد غيره قتيلا وجب على عاقلته لا عليه ، فكذا إذا وجد قتيلا يجب على عاقلته ، وعاقلته في الأحياء ، فيمكن الإيجاب عليهم .

وأما الجواب عن قولهما : فإنه لو وجد قتيلا في دار غيره جعل صاحب الدار قاتلا له حكماً بملك الدار ، فإذا وجد صاحب الدار قتيلا فيه ، فإنه يجعل قاتلا نفسه حكماً بملك الدار ، قلنا : نعم ، يعتبر قاتلا نفسه حكماً بملك الدار إلا أن قتل الإنسان نفسه حكماً لغيره مما لا يوجب هدر دم ، بل تجب ديته على عاقلته كما في المحلة إذا وجد فيها أجنبي قتيلا صار الأصول من أهل المحلة قاتلين له حكماً ؛ لما لهم من ملك الرأي والتدبير في المحلة حتى وجبت عليهم القسامة ، ووجب الدية على عواقلهم ، والدية على عاقلة الإنسان لا تجب إلا بعد وجود القتل منه ، وإذا وجد أحد منهم قتيلا يعتبر

قاتلا نفسه مع غيره من أهل المحلة حكماً؛ لما لهم من الرأى والتدبير فى المحلة، ولهذا لو وجب بعض الدية على عاقلة القتل والدية على عاقلة الإنسان لا يجب إلا بعد وجود القتل منه، فدل أن القتل إذا كان من المحلة اعتبر قاتلا نفسه حكماً؛ لما له من الرأى والتدبير فى المحلة، ثم لم يوجب ذلك هدر دمه لما صار قاتلا نفسه حكماً، وهذا لأنه لا يجوز أن يثبت الشئ حكماً لغيره ولا يثبت مقصوداً، فكذلك هذا، بل أولى؛ لأن فى ذلك المسألة لو اعتبر قتل نفسه هدرًا، فإنما يهدر بعض دمه، هنا يهدر الكل.

فإن قيل: لو وجبت الدية على العاقلة لعقلت العاقلة له، فإنه يقضى من ذلك ديونه، وتنفذ وصاياه، وهذا لا يجوز؛ لأن العاقلة تعقل عن القاتل لغيره لا للقاتل.

قلنا: هذا جائز إذا كانت المطالبة بالدية يجب لغير القاتل كما لو وجد واحد من أهل المحلة قتيلا فى المحلة فإنه يجب بعض الدية على عاقلته، فإنهم يعقلون عنه من حيث إنه يقضى ديونه، وتنفذ وصاياه، ولكن المطالبة لغيره وهو الورثة فجاز، فكذلك هذا.

والمكاتب إذا وجد قتيلا فى داره لا يقول: هدر دمه بقتله نفسه حكماً لملك الدار، لكن تعذر الإيجاب؛ لأنه لو وجب، وجب عليه؛ لأنه عاقلة لنفسه، وإنه غير ممكن، وهنا يمكن؛ لأن عاقلته غيره لا هو، ولا تجب القسامة عند أبى حنيفة رحمه الله؛ لأن القسامة إنما تجب على القاتل الحكيم وإنه ميت لا يمكن إيجاب القسامة عليه، فأما الدية فإنما تجب على عاقلته، وإنهم أحياء كما فى المحلة وجبت القسامة على أهل المحلة، والدية على عواقلهم.

قياس مسألتنا من المحلة أن لو وجد جميع أهل المحلة قتلى، ولو كان كذلك تجب الدية على عواقلهم وتسقط القسامة، وهذا لأن الشرع أوجب القسامة على القاتل والدية على عاقلته -والله أعلم-.

وذكر فى "المتقى": عن الحسن بن أبى مالك عن أبى يوسف عن أبى حنيفة رحمه الله: أن من وجد قتيلا فى دار نفسه، فليس فيه قسامة ولا دية.

وروى الحسن بن زياد عن أبى يوسف رحمه الله: أنه قال: على سكان القبيلة وعلى عاقلة المقتول دية لورثته، قال: وهو قول أبى حنيفة رحمه الله، فرواية ابن أبى

مالك تخالف رواية الأصل ورواية الحسن بن زياد.

١٩٣٤٨- وإذا وجد العبد أو المكاتب أو المدبر أو أم ولد، أو الذي يسعى في بعض قيمته قتيلا في محلة، فعليهم القسامة، وتجب القيمة على عواقل المحلة في ثلاث سنين.

وقد روى عن أبي يوسف رحمه الله : أنه لا يجب عليه شيء في العبد والمكاتب والمدبر وأم الولد، وهذا لأنه يجعل الجناية على العبيد إذا كانت موجبة للمال كالجناية على البهائم، ولهذا قال : بأنه تجب قيمته بالغة ما بلغت، ولو وجد دابة قتيلا في محلة فإنه لا شيء على أهل المحلة فكذا هذا، وعلى قول أبي حنيفة رحمه الله العبيد في حق الجناية عليهم موجبة للمال أم موجبة للقصاص بمنزلة الأحرار، ولهذا قال : لا تبلغ قيمته بالغة ما بلغت إذا كانت أكثر من عشرة آلاف، وتجب القيمة على العاقلة إذا كان خطأ، وإذا كان عمداً يجب القصاص، والأحرار لو وجد قتيلا في محلة فإنه تجب القسامة والدية، فكذلك هذا.

وأما معتق البعض فإنه تجب به القسامة والدية عندهم جميعاً؛ لأنه بمنزلة حر مديون عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله، والأحرار إذا وجد قتيلا في محلة، فإنه يجب على أهل المحلة القسامة والدية، وعند أبي حنيفة رحمه الله هو بمنزلة المكاتب، والحكم في المكاتب إذا وجد قتيلا في محلة عنده هذا -والله أعلم-.

وإذا وجد العبد قتيلا في دار مولاه، فلا شيء فيه؛ لأن المولى صار قاتلا له حكماً بملك الدار، فيعتبر بما لو باشر قتله، ولو باشر قتله لم يكن على المولى شيء، فكذا هذا. قالوا: وهذا إذا لم يكن على العبد دين، فأما إذا كان على العبد دين فإنه يضمن المولى الأقل من قيمته، من الدين، وقد نص محمد رحمه الله على هذا التفصيل في كتاب المأذون، وذلك لأن المولى لو باشر قتله في هذه الحالة ضمن الأقل من قيمته ومن الدين للغرماء، فكذلك إذا صار قاتلا له حكماً بملك الدار.

١٩٣٤٩- والمكاتب إذا وجد قتيلا في دار مولاه، فالقيمة على مولاه في ماله يستوفى من ذلك ما بقي من مكاتبته، وما بقي، فهو ميراث؛ لأن المولى صار قاتلا له حكماً بملك الدار، فيعتبر بما لو باشر المولى قتله، ولو باشر قتله ضمن قيمته مؤجلاً في

ثلاث سنين يستوفى من ذلك مكاتبته ، وما بقى فهو ميراث ، فكذا هذا إلا أن المولى إذا باشر قتله لا يرث منه ، وإن لم يكن له وارث آخر ، وهنا يرث ؛ لأن حرمان الميراث يتعلق بمباشرة القتل ، ألا ترى أن حافر البئر لا يحرم الميراث ، وإن صار قاتلا حتى ضمن الدية ؛ لأنه ليس بمباشر للقتل ، ولم يثبت من المولى بمباشرة القتل ، فلا يحرم عن الميراث بخلاف ما لو باشر قتله ، ففي هذا الحكم يفترقان ، فأما فى حق إيجاب الضمان ، فهما يستويان .

ولو وجد المكاتب قتيلا فى دار نفسه فإنه لا شىء عليه ، وهذا عندهم جميعاً ، فأبو يوسف ومحمد رحمهما الله لا يحتاجان إلى الفرق بين هذا وبين الحر إذا وجد قتيلا فى داره ، وأبو حنيفة رحمه الله يحتاج إلى الفرق بين المكاتب والحر ، وقد ذكرنا الفرق قبل هذا .

١٩٣٥٠ - وإذا وجد فيهم دابة ، أو شبه ذلك ، فلا شىء عليهم ، وذلك لأن القياس فى الآدمى إذا وجد قتيلا فى محلة أن لا يجعل أهل المحلة قتلته عند وقوع الشك أن القتل وجد منهم أو من غيرهم إلا أن الشرع جعلهم قتلته حالة الشك تعظيماً لأمر الدم ، وما يثبت بخلاف القياس لا يقاس عليه غيره ، والنص الوارد بجعل أهل المحلة قتلته حال وقوع الشك تعظيماً لأمر الدم لا يكون وارداً فى غير الآدمى دلالة ، وليس لغير الآدمى من الحرمة ما للآدمى ، وإذا لم يعتبر وارداً دلالة رد إلى ما يقتضيه القياس - والله أعلم - .

١٩٣٥١ - وإذا وجد فيهم جنين أو سقط ليس به أثر الضرب ، فلا شىء على أهل المحلة ، وذلك لأن الجنين لا يكون أعلى حالا من الكبير ، والكبير إذا وجد ميتاً فى محلة ، وليس به أثر القتل ، فإنه لا يجب على أهل المحلة شىء ؛ لأن القسامة عرفت شرعاً ، بخلاف القياس فى القتل لا فى الميت ، والقتل إنما يفارق الميت باعتبار الأثر ، فهذا أولى ، فأما إذا كان به أثر الضرب ، فهذا على وجهين : إما أن يكون تاماً أو ناقص الخلق ، فإن كان تام الخلق ، وبه أثر الضرب وجب القسامة ، والدية على أهل المحلة كالكبير إذا وجد ميتاً فى محلة ، وبه أثر الضرب .

فإن قيل : الكبير إذا وجد ميتاً، وبه أثر الضرب قد تيقنا بقتله ؛ لأننا تيقنا حياته^(١) إن شككنا فيمن قتله ، فأما هنا لم يتيقن بقتله ، فإنه يجوز أنه انفصل ميتاً من أمه ، ويجوز أنه انفصل حياً إلا أن الجواب عنه أن الجنين إذا كان تام الخلق ، فالظاهر أنه انفصل حياً ، فإن الظاهر والأغلب في مستبين الخلق أن ينفصل حياً من أمه ، فثبت الحياة من حيث الظاهر متى كان تام الخلق ، وإذا كان به أثر القتل كان القتل ثابتاً من حيث الظاهر إلا أن القتل الثابت من حيث الظاهر يكفي لإيجاب القسامة والدية على أهل المحلة ، ألا ترى أن البائع إذا كان به أثر الضرب ، جعل قتيلاً من حيث الظاهر ، إذ من الجائز أنه مات حتف أنفه لا بالضرب ، فكذا هذا .

فأما إذا كان ناقص الخلق ، فالظاهر أنه انفصل ميتاً لا حياً ، فلا يثبت كونه قتيلاً ، لا من حيث الحقيقة ، ولا من حيث الظاهر ، وما لم يثبت كون الأدمى قتيلاً ، إما باعتبار الحقيقة ، أو باعتبار الظاهر ، فإنه لا تجب القسامة والدية ، كما لو وجد الكبير ميتاً ، وليس به أثر القتل .

١٩٣٥٢- وإذا وجد الرجل قتيلاً في دار امرأة ، فإن القسامة عليها تكرر عليها الأيمان حتى تتم خمسون يمينا ، وتجب الدية على عاقلتها في قول محمد وأبي يوسف رحمهما الله الأول ، وفي قوله الآخر تجب القسامة والدية على عاقلتها ، ولا يكون عليها قسامة ، وقول أبي حنيفة رحمه الله نظير قول محمد رحمه الله ، وأجمعوا على أن القتل إذا وجد في دار صبي ، فإنه لا يكون على الصبي قسامة ، وإنما تجب القسامة والدية على عاقلته .

وجه قول أبي يوسف رحمه الله الآخر ظاهر ، وهو أن المرأة ليست من أهل العقل ، فلا تجب عليها قسامة قياساً على الصبي لما لم يكن من أهل العقل لم يكن عليه قسامة ، ولهذا لم تجب عليها قسامة إذا وجد القتل في المحلة ، فكذا في الدار ، وإنما قلنا : ليست من أهل العقل لأن المرأة لا تعقل ، هكذا روى عن النبي ﷺ أنه قال : « لا يعقل صبي ولا امرأة »^(٢) ، وهذا لأن العقل بالتناصر والمرأة ليست من أهل النصرة .

(١) هكذا في ظ وم ، وكان في الأصل وف " بحياته " .

(٢) هذا الحديث لم يوجد .

وجه قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله أن المرأة أصل فى رأى والتدبير فى أسباب دارها ، فيجب عليها القسامة قياساً على الرجل ، وقياساً على أصحاب الخطة فى المحلة ، وإذا وجد القتل فى المحلة إنما لا تجب عليها القسامة ؛ لأنه لا رأى لها ولا تدبير فى أسباب المحلة ، وأما التدبير فى أسباب دارها إليها كما فى الرجل فى داره ، وبخلاف الصبى ؛ لأنه ليس له رأى وتدبير فى أسباب داره ، وإنما رأى والتدبير لعشيرته ، فنزل الصبى فى داره تابع ليس له رأى وتدبير فى داره بمنزلة الأجنبى بخلاف المرأة ، ولأن القسامة يمين ، والمرأة من أهل اليمين فى المال والنفس ، فيكون من أهل القسامة كالحرة البالغ بخلاف الصبى ؛ لأن الصبى إن كان من أهل اليمين فى المال ليس من أهل اليمين فى النفس ، فلهذا لا تجب عليه القسامة .

١٩٣٥٣- وإذا وجد فى دار عبد مأذون له فى التجارة قتل إن لم يكن عليه دين ، فالقسامة على مولاه ، والدية على عاقلة المولى قياساً واستحساناً عندهم جميعاً ؛ لأن الدار ملك المولى رقة وتصرفاً ، فأما إذا كان على العبد دين فكذلك الجواب على قولهما ، وكذلك عند أبى حنيفة رحمه الله استحساناً ؛ لأن دين العبد لا يمنع وقوع الملك للمولى فى كسبه ، ولأن ملك العبد فيها شبهة ملك ، وملك المولى فيها ملك حقيقة ، والعبد مع المولى بمنزلة المستأجر مع المالك .

وقيل : هذا قياس قولهما ، وفى الاستحسان لا يجب على المولى شئ ؛ لأن المولى إن كان مالكا للدار عندهما ، فهو ممنوع عن التصرف فيها ، فصار بمنزلة الأجنبى ، وإذا لم يجب على المولى شئ تجب القسامة على العبد ، ويقال للمولى بعد ما حلف : إما تدفع العبد أو تفديه ؛ لأن العبد اعتبر قاتلا له حكماً ؛ لأنه أقرب إلى القتل من غيره ، وهو من أهل أن يلزمه حكم الجناية .

فأما على قول أبى حنيفة رحمه الله : فالقياس أن تجب القسامة على العبد ، وإذا حلف ، يقال لمولاه : إما أن تدفع وإما أن تفدى ، وفى الاستحسان يجب على المولى القسامة والدية على عاقلته . ذكر القياس والاستحسان على قول أبى حنيفة رحمه الله إذا كان على العبد دين فى كتاب المأذون .

وجه القياس فى ذلك أن المولى كالأجنبى فى أكساب عبده المأذون المديون ، فإنه

لا يملكها لا رقبة ولا تصرفاً .

وجه الاستحسان وهو أن المولى أقرب إلى هذا القتل من غيره من قبل أنه يملك أن يجعل هذا الدار لنفسه بأن يقضى دين الغرماء ، وغير المولى لا يملك ذلك إلا برضاء المولى الغريم ، وغيره في ذلك على السواء -والله أعلم- .

١٩٣٥٤- وإذا وجد في دار المكاتب قتيل ، فعلى المكاتب الأقل من قيمته ومن دية القتل ؛ لأن المكاتب اعتبر قاتلاً له حكماً على ما مر ، فيعتبر بما لو قتله حقيقة ، ولو قتله حقيقة كان الجواب كما قلنا ، فكذلك هنا . وهل تجب عليه القسامة ؟ لم يذكر هذا في الكتاب ، ولا شك على قول أبي حنيفة رحمه الله : إنها تجب كما لو وجد قتيل في دار المرأة ، وأما على قول أبي يوسف رحمه الله : اختلف المشايخ ، بعضهم قالوا : لا تجب على قوله الآخر ؛ لأن المكاتب ليس من أهل العقل ، فصار نظير المرأة ، ومنهم من قال : تجب عليه القسامة بخلاف المرأة .

١٩٣٥٥- وإذا وجد قتيل في محلة ، وزعم أهل المحلة أن رجلاً منهم قتله يريد به أن أهل المحلة قالوا : فلان قتله ، وفلان من هذه المحلة إلا أن ولي القتل لم يدع القتل على واحد منهم بعينه لم تسقط عنهم القسامة والدية . ثم كيف يحلفون ؟ على قول أبي يوسف رحمه الله يحلفون بالله ما قتلنا فحسب ، ويرفع منهم ، ولا علمنا له قاتلاً .

وقال محمد رحمه الله : يحلفون ما قتلناه ولا علمنا له قاتلاً غير فلان ، والفتوى على قول محمد رحمه الله ؛ لأنه أحوط .

حجة أبي يوسف رحمه الله : أن فائدة الاستحلاف على العلم أن يعترفوا أننا علمنا له قاتلاً ، فربما يصير ذلك سبباً لثبوت القتل عليه وقد اعترفوا بذلك فلا معنى لاستحلافهم على العلم .

فأما محمد رحمه الله يقول : بأن استحلافهم على العلم مفيد لجواز أنهم عرفوا قاتلاً آخر مع فلان ، وإنما عَيَّنوا فلاناً قاتلاً ليسقطوا اليمين عن أنفسهم في حق غيرهم ، فيجب أن يحلفوا على العلم ، ويستثنوا منه فلاناً ؛ لأن الاستحلاف في حق فلان على العلم ، وقد أقروا به لا يفيد ، فأما يفيد في حق غيره رجاء أن يقرؤا بغيره -والله أعلم-

١٩٣٥٦- ومن وجد قتيلا فى السجن لا يعرف من قتله ، فالدية فى بيت المال عند أبى حنيفة رحمه الله ، وعندهما هو على أهل السجن ؛ لأنهم سكان ، وولاية التدبير إليهم وأبو حنيفة رحمه الله يقول : أهل السجن مقهورون لا يتناصر بعضهم ببعض ، فلا يتعلق بهم ما يجب لأهل النصره ، ولأن منفعة السجن تعود إلى عامة المسلمين ؛ لأن السجن بنى لاستيفاء حقوقهم ، ودفع الضرر منهم ، فصاروا أخص بتصرفه . وفى "المنتقى" ذكر قول محمد رحمه الله مع قول أبى حنيفة رحمه الله .

١٩٣٥٧- وإذا كانت الدار مفرغة وهى مقفلة فوجد فيها قتيل ، فالقسامة والدية على عاقلة رب الدار ، وهو قول أبى حنيفة وأبى يوسف ومحمد رحمهم الله ؛ لأن أبا حنيفة ومحمد رحمهما الله يعتبران الملك بدون السكنى ، فصار وجود السكنى وعدمه سواء ، وأبو يوسف رحمه الله يرجع السكنى على الملك عند الاجتماع ، وإذا لم يكن ثمة سكنى يعتبر الملك .

١٩٣٥٨- ولو أن رجلين كانا فى بيت ليس معهما ثالث ، وجد أحدهما مذبوحا ، قال أبو يوسف رحمه الله : ضمن الآخر الدية ، وقال محمد رحمه الله : لا أضمنه ، محمد رحمه الله يقول : يحتمل أن القاتل قتل نفسه ، ويحتمل أن يكون قاتل الآخر ، فلا أضمن بالشك ، وأبو يوسف رحمه الله يقول : بأن الظاهر أن الإنسان لا يقتل نفسه ، وكان التوهم ساقطاً ، كما لو وجد قتيلا فى محلة ، فإنه لم يلتفت إلى هذا التوهم - والله أعلم - .

١٩٣٥٩- وإذا وجد قتيلا فى محلة ، وادعى ولى القاتل على أحد من غير أهل المحلة أنه قتله ، وشهد له بذلك شاهدان عدلان إن شهد له بذلك شاهدان عدلان من غير أهل المحلة التى وجد فيها القاتل ، فإنه يقبل شهادتهما ، ويقضى بالقتل على المدعى عليه قتله ، ويبرأ أهل المحلة التى وجد فيها القاتل عن الدية والقسامة ؛ لأن المدعى أثبت ما ادعى من القتل بشهادة عدلين خلت شهادتهما عن التهمة ، فصار الثابت بشهادتهما كالثابت معاينة ، ولو عاينا أن المدعى عليه قتله لم يكن على أهل المحلة دية ولا قسامة ، فكذا هذا .

وإن شهد له بذلك شاهدان عدلان من أهل المحلة التى وجد فيها القاتل ، قال أبو

حنيفة رحمه الله : لا تقبل شهادتهم حتى لا يثبت القتل بشهادتهم على المدعى عليه قتله إلا أنه يبرأ أهل المحلة عن القسامة والدية كما لو ادعى القتل على رجل من غير أهل المحلة ، ولم يقم على ذلك بينة .

وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله : تقبل شهادتهم ويقضى بالقتل على المدعى عليه قتله .

وحاصل الكلام فى هذه المسألة يرجع إلى أن أهل المحلة هل صاروا خصماً بوجود القتل بين أظهرهم قبل دعوى الولى عليهم أم لم يصيروا خصماً قبل دعوى الولى القتل عليهم ، وكانوا بعرض أن يصيروا خصماً ، فعند أبى حنيفة رحمه الله صاروا خصماً بمجرد وجود القتل بين أظهرهم ، ثم خرجوا عن الخصومة بدعوى ولّى القتل القتل على واحد من غير أهل المحلة ، ومن صار خصماً فى حادثة لا تقبل شهادته فى تلك الحادثة وإن خرج عن الخصومة ، عرف ذلك فى موضعه ، ولهذا قالوا : إن الوكيل بالخصومة إذا خاصم ، ثم عزل عن الخصومة ، فشهد لموكله فيما خاصم لا تقبل شهادته ؛ لأن بالعزل إن خرج عن الخصومة فيما بقى من الخصومة من المستقبل ، ففما خاصم بقى خصماً ؛ لأن عزل الوكيل إنما يعمل فيما لم يمتثل من الأمر ، فأما فيما امتثل لا يعمل ، فبقى خصماً ، وشهادة الخصم لا تقبل .

وعند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله لم يصيروا خصماً بمجرد وجود القتل بين أظهرهم ، بل هم بعرض أن يصيروا خصماً بأن يدعى ولّى القتل القتل عليهم أو على بعضهم ، بل كانوا بعرض أن يصيروا خصماً ، ومن كان له عرضية أن يصير خصماً ، ثم زالت العرضية قبلت شهادته كالوكيل بالخصومة إذا عزل قبل الخصومة ، فإنه تقبل شهادته ؛ لأنه شهد بما كان بعرض أن يصير خصماً فيه ، وكالشفيع إذا شهد على البائع بالبيع للمشتري ، وقد سلم الشفعة قبل الطلب ، فإنه تقبل شهادته ؛ لأنه كان بعرض أن يصير خصماً إذا طلب ، وقياساً على الموصى له بالثلث إذا شهد بموت الموصى حال وقوع الإشكال فى موته ، وقد رد وصية قبلت شهادته ؛ لأنه شهد بما كان بعرض أن يصير خصماً فيه بأن يقبل الوصية ، فإذا زالت العرضية بالرد قبل شهادته ، فكذا هنا .

فوجه قولهما : إن صيرورة الإنسان خصماً فى حادثة ، إنما يثبت بأحد أمرين : إما

بحقيقة الخصومة في تلك الحادثة بأن يخاصم، أو يخاصم معه كالوكيل بالخصومة إذا خصم، أو بوجوب الحق عليه إن لم توجد الخصومة كالبائع إذا شهد بتسليم الشفعة على الشفيع للمشتري بعد ما سلم الدار إلى المشتري، وإنه لا تقبل شهادته وإن لم يوجد، فخاصمه الشفيع معه؛ لأنه صار خصماً للشفيع بنفس البيع، فإنه يلزمه التسليم بنفس البيع إلى الشفيع متى كان الدار في يده، وطلب الشفعة منه، ولم يوجد واحد من الأمرين في مسألتنا، لم توجد حقيقة المخاصمة، فإن ولي القتل لم يخاصمهم، ولا وجب عليهم حق بمجرد وجود القتل بين أظهرهم؛ لأن الذي يجب هنا الدية والقسامة، ولم يجب عليهما الدية والقسامة للمولى بمجرد وجود القتل بين أظهرهم؛ لأن القياس أن لا تجب عليهم الدية والقسامة لاحتمال أن القتل كان من غيرهم إلا أنا أوجبنا ذلك بالنص، والنص أوجب ذلك بوجود القتل وبدعوى المدعى، فما لم يوجد الدعوى، لا يعتبر الحق واجباً عليهم، وإذا كانوا كذلك لم يصيروا خصماً بحقيقة المخاصمة ولا بوجوب الحق عليهم؛ لكن كانوا بعرض أن يصيروا خصماً بدعوى ولي القتل القتل عليهم، وقد بطلت هذه العرضية بدعوى ولي القتل القتل على غيرهم، قبلت شهادتهم كما في المسائل التي ذكرناها.

ولأبى حنيفة رحمه الله أن صيرورة الإنسان خصماً كما يثبت بحقيقة المخاصمة يثبت بوجوب الحق عليه بدليل مسألة الشفعة التي مرت، قلنا: وبوجود القتل بين أظهرهم وجبت الدية والقسامة عليهم بدليل قول عمر رضى الله عنه: "إنما حصنتم دماءكم بأيمانكم، وإما غرمتهم الدية لوجود القتل بين أظهرهم"^(١)، والحكم يدل عليه، فإننا أجمعنا على أنه متى ادعى ولي القتل القتل على أهل المحلة، فالدية والقسامة واجبة على أهل المحلة، ولا يجوز أن يضاف الوجوب إلى الدعوى؛ لأن الدعوى لا أثر له في الاستحقاق علمنا أن الوجوب كان لوجود القتل بين أظهرهم، وإذا وجبت القسامة والدية عليهم بوجود القتل بين أظهرهم صاروا خصماً في هذه الحادثة فلا تقبل شهادتهم.

١٩٣٦٠ - وهذا بخلاف الوكيل بالخصومة إذا عزل قبل الخصومة؛ لأن الوكيل

ثمة لم يصبر خصماً ؛ لأنه لم يوجد منه الخصومة حقيقة ، وبفس التوكيل لم يجب عليه حق ، وبخلاف مسألة الشفعة ؛ لأن الشفع لم يصبر خصماً قبل الطلب ؛ لأنه لم يخاصم حقيقة ، ولا يثبت له حق قبل الطلب ؛ لأن حق الشفع إنما يثبت بالطلب على ما قال عليه السلام : «الشفعة لمن طلبها»^(١) ، وبخلاف الموصى له بالثلث ؛ لأنه لم يصبر خصماً قبل القبول ؛ لأنه لم يخاصم حقيقة ، ولا يثبت له حق قبل القبول ؛ لأن حق الموصى له إنما يتم بالقبول ، فقبل القبول الثابت له ملك موقوف ، وسبب الخصومة له الملك ، وإذا كان موقوفاً لم يكن سبب الخصومة ثابتاً له على البتات ، فلم يكن خصماً -والله أعلم- .

١٩٣٦١- وفي "نوادير المعلى" : عن أبى يوسف رحمه الله عن أبى حنيفة رحمه الله : فى قتيل يوجد فى محلة فيها قبيلتان يحلف من قبيلة خمسون رجلاً .

وقال أبو يوسف رحمه الله : يحلف من كل قبيلة خمسة وعشرون رجلاً ، قال هشام : وقد سمعت أبا يوسف رحمه الله قبل قوله هذا بزمان فى قتيل أصيب فى دار بين رجلين من محلتين مختلفتين أنه يحلف من عاقلة كل واحد منهما خمسون رجلاً ، ثم يغرمون الدية .

١٩٣٦٢- وفى "نوادير هشام" قال : سمعت محمداً رحمه الله يقول : إذا وجد قتيل فى محلة ، وادعى أولياء عليهم ، وأقام أهل المحلة البينة أنه قتله فلان الرجل من غير محلته ، أو أنه جاء جريحاً حتى تسقط فى محلته ، ومات قال : يبرؤون عن الدية ، فإن ادعى أولياء الدم قتل رجل بعينه وأقاموا البينة على ذلك ، فأقام المدعى عليه البينة أن فلاناً قتله لرجل آخر قال : لا أقبل هذه البينة ؛ قال : لأن هذا تهاوتر ، وإنما افترق هذا والأول ؛ لأن هذا لا يلزمه الدعوى إلا ببينة ، وأهل المحلة يلزمهم من غير بينة ، هذا كله إذا وجد القتيل وبه أثر القتل نحو الجرح والضرب ، أما إذا وجد ميتاً ولم يكن به أثر القتل كالجرح وغيره لا شىء فيه ؛ لأنه يجوز أنه مات حتف أنفه .

وكذلك لو وجد بعض البدن كاليد أو الرجل ، أو وجد أقل من النصف ، فلا قسامة فيه ولا دية ، وإن وجد أكثر من النصف تجب القسامة والدية ، وإن وجد النصف

(١) هذا الحديث لم يوجد .

إن كان معه الرأس تجب القسامة والدية ، وما لا فلا ، وإن كان النصف مشقوقاً^(١) لا شيء فيه ، هذه الجملة من "شرح الطحاوى" .

وفى الفتاوى الصغرى لو خرج الدم من أنفه أو الدبر أو الذكر لا يكون قتيلاً ، ولو وجد فى المعركة هكذا يغسل ، ولو خرج الدم من العين أو الأذن يكون قتيلاً ، وإن خرج من الفم إن كان من أعلى الجوف كان قتيلاً ، وإن نزل من الرأس فلا ، وأجناس هذه المسائل فى "الزيادات" .

١٩٣٦٣- وفى "مجموع النوازل" : إذا وجد رجل قتيلاً فى دار ابنه وقد كان قال : قبل موته وهو مجروح قتلنى فلان ، فقد أبرأ عاقلة ابنه من الدية إلا أنه لا يبطل عن الابن ما عليه من ذلك إذا كان من أهل العطاء خمسة دراهم ، أو أقل من ذلك .

١٩٣٦٤- وفيه أيضاً ، وإذا وجد الضيف فى دار المضيف قتيلاً ، فهو على رب الدار عند أبى حنيفة رحمه الله ، وقال أبو يوسف رحمه الله : إن كان نازلاً فى بيت على حدة ، فلا دية ، ولا قسامة ، وإن كان مختلطاً ، فعليه الدية والقسامة - والله أعلم - .

(١) هكذا فى ظ و ف وم ، وكان فى الأصل "متفرقاً" .

الفصل الثانى عشر

فيمن يأمر غيره بالجنابة على الغير أو على نفسه

١٩٣٦٥- الأصل فى مسائل هذا الفصل : أن ضمان الفعل^(١) لا يختلف باختلاف صفات الفاعلين ؛ لأنه مبنى على تحقق الفعل ، والفعل يتحقق من الكل بصفة واحدة ، فلا يفرق بين الصغير والكبير ، والمحجور والمأذون فى ضمان الأفعال بخلاف ضمان القول حيث يختلف باختلاف حال القائل ؛ لأنه يبنى على صحة القول ، وصحة القول باعتباره شرعاً ، فإنما يجب على من يصح منه القول شرعاً . وأصل آخر ، وهو أن المأمور بمجرد الأمر لا يصير ملجئاً مضطراً ، حتى لا ينتقل فعله إلى الأمر ، وبالإكراه يصير ملجئاً مضطراً حتى ينتقل فعله إلى المكره .

والفرق بين الإكراه والأمر عرف فى إكراه الأصل ، وأصل آخر ، وهو أن النسب إلى الإكراه إذا كان تعدياً ، فهو ملحق بحقيقة المباشرة فى حق حكم الضمان .

١٩٣٦٦- قال محمد رحمه الله فى "الزيادات" : رجل حر أمر صبيّاً حرّاً بقتل رجل ، فقتله ، فعلى عاقلة الصبى الدية ؛ لأن القتل يتحقق من الصبى حسب تحققه من البالغ ، وبمجرد الأمر لم يصير ملجئاً مضطراً ، فبقى فعله مقصوراً عليه ، فيؤاخذ به كما فى البالغ إلا أن عمد الصبى وخطؤه سواء للقصور فى قصده وغرمه ، وموجب قتل الخطأ الدية على العاقلة فى ثلاث سنين .

ثم عاقلة الصبى ترجع بما لزمهم على عاقلة الأمر ؛ لأنه بالأمر بالقتل صار مسبباً للقتل ؛ لأن الصبيّان يهابون القتل ، ولا يتجاسرون عليه إلا بحمل الغير إياهم لضعف قلوبهم ، فهو بهذا الأمر أثبت له نوع قوة وجراءة ، فكان مسبباً^(٢) ، وهو متعد فى هذا التسبب إلا أن تسببه اتصل بالمأمور دون المقتول ، فلم يجب الضمان على عاقلته بسبب القتل ، بل وجب على عاقلة القاتل بطريق التحمل عن القاتل ، ثم عاقلة القاتل يرجعون

(١) هكذا فى الأصل وف وم ، وكان فى الأصل "الفصل" .

(٢) هكذا فى ظ وف ، وكان فى الأصل وم "سبباً" .

على عاقلة الأمر؛ لأن الأمر هو الذى أوقعهم فى هذه الورطة بتسبيبه، ولهذا يرجعون على عاقلة الأمر بذلك فى ثلاث سنين، كما يغرمون ذلك فى ثلاث سنين، وهو نظير ما قلنا: فيمن ربط بغيراً فى قطار رجل، ففقد صاحب القطار الإبل، فوطئ البعير رجلاً، فقتله، تجب الدية على عاقلة صاحب القطار، ثم يرجعون بذلك على من أدخلهم فيه، كذا هذا.

وفى المسألة إشكال من وجهين: أحدهما: أن التسبب إنما يعتبر إذا لم توجد المباشرة، وقد وجدت المباشرة هنا من الصبى عن اختيار، فينبغى أن لا يعتبر التسبب هنا.

الثانى: أن الأمر إنما صار مسبباً بالقول، والضمان الواجب بالتسبب هنا وجب بالقول، وما يجب بالقول من الضمان لا تتحمله العاقلة كما لو أقر بالقتل، وكشهود القصاص إذا رجعوا بعد القتل.

والجواب: أما الإشكال الأول قلنا: التسبب إنما لا يعتبر فى حق من اعتبرت المباشرة فى حقه، ونحن لانعتبر التسبب فى حق من اعتبرت المباشرة فى حقه، بيانه أن المباشرة إنما وجدت بين القاتل والمقتول، ونحن لانعتبر التسبب فى حقهما، بل اعتبرنا المباشرة فى حقهما حيث أثبتنا حكم المباشرة، وهو وجوب الدية على عاقلة القاتل، وإنما يعتبر السبب بين عاقلة الصبى وبين عاقلة الأمر حتى كان لعاقلة الصبى حق الرجوع على عاقلة الأمر، ولا يعتبر المباشرة فى حق هذا الحكم أصلاً.

وأما الإشكال الثانى قلنا: ليس هذا نظير الإقرار وشهود القصاص؛ لأن الإقرار يحتمل الصدق والكذب وهو متهم فى العاقلة، فلا يصدق فى حق العاقلة، وكذا شهود القصاص متهمون فى الرجوع فى حق العاقلة حتى لو انتفت التهمة بأن جاء المشهود بقتله حياً يجب الدية على عواقلهم كما ذكره الطحاوى، أما هنا الأمر إنما صار مسبباً بالأمر، وإنه إنشاء فعل معين لا يتمكن فيه التهمة كإنشاء القتل، فيثبت فى حق العاقلة فوجب الدية على العاقلة لهذا.

١٩٣٦٧- وإذا أمر الحر عبداً كبيراً أو صغيراً مأذوناً أو محجوراً بقتل رجل، ففعل يخير مولى العبد بين الدفع والفداء؛ لأن المملوك أقدم على القتل عن اختيار، وبمجرد

الأمر لا ينتقل فعله إلى الأمر، فبقى مقصوراً، فيجب موجه، وموجب جناية المملوك ما قلنا: ثم يرجع المولى على الحر الأمر بالأقل من قيمة العبد ومن الفداء.

أما الرجوع لأن الأمر بالأمر صار مستعملاً لعبد الغير، واستعمال عبد الغير غضب كالاستخدام والغضب سبب الضمان، ألا ترى أنه لو تلف في حالة الاستعمال كان ضامناً له، فإذا لحقه جناية في حال غضبه كان عليه ضمانه كمن غضب عبد أو جنى عند الغاصب جناية، وخير مولاه بين الدفع والفداء، يرجع على الغاصب، وطريقه ما قلنا.

وأما الرجوع بالأقل لأن المولى متبرع في اختيار الزيادة ولا رجوع فيما يتبرع باختياره، ويكون ذلك في مال الأمر لا تتحملة العاقلة بخلاف المسألة الأولى؛ لأن الواجب هنا ضمان غضب، فإن المأمور عبد، والعبد محل الغضب، وضمنان الغضب لا تتحملة العاقلة، أما في المسألة الأولى الواجب ضمان جناية لا ضمان غضب، وضمنان الجناية تتحملة العاقلة. ولو أمر الحر مكاتباً كبيراً أو صغيراً بقتل رجل، فقتله بأمره، فأمره باطل، وموجب القتل على المكاتب، لا يلزم الأمر من ذلك بخلاف ما تقدم من مسألة العبد والحر الصغير.

والفرق أن الرجوع على الأمر بحكم الجناية، ولا جناية هنا من الأمر؛ لأن الجناية إنما تتحقق بواسطة الاستعمال وإثبات اليد، وذلك لا يتحقق في حق المكاتب؛ لأن المكاتب في يد نفسه^(١)، وإن كان صغيراً كالحر الكبير؛ لأن حكم الكتابة ملك اليد والكسب، فالحكم بصحة الكتابة حكم باليد للمكاتب، فكان في يد نفسه كالحر الكبير، ألا ترى أنه ليس بمحل الغضب كالحر بخلاف العبد؛ لأنه لا يد له على نفسه، ألا ترى أنه محل للغضب، فكان محلاً للجناية بواسطة الاستعمال وإثبات اليد، وبخلاف الحر الصغير؛ لأن الحر الصغير لا يد له على نفسه حقيقة ولم يوجد في حق نفسه عقد ينزله^(٢)، فكان محلاً للجناية بواسطة الاستعمال وإثبات اليد. قال في المكاتب: ألا ترى أن من حمل صبيّاً حرّاً أو قربه إلى سبعة حتى افترسه السبع لا يضمن شيئاً، وما افترقا إلا

(١) وكان في الأصل "في حق نفسه".

(٢) وفي م "بمنزلة" مكان "ينزله".

لما قلنا - والله أعلم - .

١٩٣٦٨ - قال فى " الزیادات " أيضاً : عبد محجور علیه وهو كبير أمر عبداً محجوراً علیه كبيراً كان أو صغيراً بقتل رجل ، فقتله وخير مولاه بين الدفع والفداء لا يرجع المولى على الأمر بشيء حتى يعتق ، وإنما لا يرجع مولى القاتل على الأمر حتى يعتق ؛ لأنه لو رجع عليه رجع بأمره إذا الموجود منه ليس إلا الأمر ، والأمر قول ، والمحجور لا يؤاخذ بضمان الأقوال للحال ، أكثر ما فيه أن هذا ضمان غضب إلا أن الغضب هنا يتحقق بالقول ، فهذا غضب من حيث إنه قول كسائر الأقوال نحو الإقرار بالدين والكفالة ، وما أشبه ذلك ، والمحجور لا يؤاخذ بضمان الأقوال للحال للفقهاء الذى بينا أن ضمان القول مبنى على صحة القول ، وقول المحجور ليس بصحيح شرعاً بخلاف ما إذا غضب حقيقة ؛ لأن ذلك فعل ، والمحجور يؤاخذ بضمان الأفعال ؛ لما مر أن ضمان الفعل مبنى على تحقق الفعل ، والفعل يتحقق من المحجور عليه على حسب تحققه من المأذون ، فإن عتق العبد الأمر يرجع مولى العبد المأمور عليه بقيمته ؛ لأن حجر العبد إنما يظهر فى حق المولى لا فى حق نفسه ، فبقى قوله صحيحاً فى حق نفسه لكن لم يؤاخذ به قبل العتق لحق المولى ، فإذا زال حق المولى بالعتق يؤاخذ به بهذا الطريق ، يؤاخذ بإقراره بالدين ، وبكفالاته بعد الحرية ، فهذا الطريق موجود هنا .

وإن كان المأمور صبيّاً حرّاً ، وباقى المسألة بحالها ضمن عاقلة الصبى الدية ، ولا رجوع لهم على العبد الأمر لا فى الحال ولا بعد العتاق .

وأما فى الحال فلما قلنا ، وأما بعد العتاق ؛ لأن هذا ضمان الجناية لا ضمان غضب ؛ لأن الحر ليس بمحل للغضب ، وجناية العبد على المولى لا يخاطب به العبد أصلاً ، ألا ترى أنه لو باشر الجناية بنفسه ، ثم أعتقه مولاه لم يكن العبد مطالباً بشيء بحكم تلك الجناية ، كذا هنا بخلاف المسألة الأولى ؛ لأن الواجب هناك ضمان غضب ، وضمان غضب يجب على الغاصب ، وإنما لا يؤاخذ قبل العتق لحق المولى ، وقد زال حق المولى بالعتق ، ألا ترى أن العبد المحجور إذا أقر بجناية الخطأ ، وكذبه المولى ، ثم أعتقه المولى ، لم يؤاخذ بشيء ، ولو أقر بالغضب ، وكذبه مولاه ، ثم أعتقه المولى ، أخذ به ، فهذا يبين لك الفرق بينهما .

ولو كان العبد الأمر صغيراً محجوراً عليه والمأمور أيضاً صغيراً محجوراً عليه، وباقي المسألة بحالها لا يكون لمولى المأمور أن يرجع على الأمر لا في الحال ولا بعد العتق، أما في الحال فلما قلنا، وأما بعد العتق بخلاف البالغ؛ لأن الصغير محجور عليه في حق نفسه لصباه كما هو محجور عليه في حق المولى، فلا يصح أمره في حق نفسه كما لا يصح في حق المولى، فكما لا يؤخذ به للحال لا يؤخذ به بعد العتق بخلاف البالغ؛ لأنه ليس بمحجور عليه حقاً لنفسه، فصح أمره في حق نفسه إن لم يصح في حق المولى، فأخذ به بعد العتق، أما هنا بخلافه.

١٩٣٦٩- عبد مأذون صغيراً أو كبيراً أمر عبداً محجوراً أو مأذوناً صغيراً أو كبيراً بقتل رجل فقتله وخير المولى بين الدفع والفداء، رجع بالأقل في رتبة الأمر؛ لأن هذا ضمان غصب، وضمنان الغصب من جنس التجارة؛ لأنه يوجب الملك في المضمون بمقابلة الضمان، والإذن فك الحجر عن التجارات، فكما يؤخذ بضمان سائر أنواع التجارة، فكذا بضمان هذا النوع.

ولو أمر العبد المأذون صبيّاً حرّاً بالقتل، فدية المقتول على عاقلة الصبي، ولا يكون لعاقلة الصبي حق الرجوع على الأمر؛ لأن هذا ضمان جنائية، والعبد ليس من أهل أن يلحقه ضمان الجنائية وإن كان مأذوناً، وهذا لأن الإذن فك الحجر عن التجارة، وضمنان الجنائية ليس من جنس التجارة، فصار المأذون في حقه والمحجور سواء.

١٩٣٧٠- ولو أن حرّاً صغيراً مأذوناً له في التجارة أمر عبداً صغيراً أو كبيراً مأذوناً أو محجوراً بقتل رجل، فقتل وخير المولى بين الدفع والفداء، رجع بالأقل على الأمر؛ لأن هذا ضمان غصب، وإنه من جنس التجارة، فيؤخذ به المأذون كما يؤخذ بسائر أنواع التجارة. ولو أمر صبيّاً حرّاً مأذوناً له في التجارة أو محجوراً بالقتل فقتل حتى وجبت الدية على عاقلة القاتل في ثلاث سنين لا يرجعون بذلك على الأمر، ولا على عاقلته لا في الحال ولا بعد البلوغ؛ لأن هذا ضمان جنائية، وليس بضمان غصب، وضمنان الجنائية ليس من جنس التجارة، والصبي غير منفك الحجر عما ليس بتجارة، فصار في حق هذا الأمر كالمحجور.

والصبي المحجور إذا أمر صبيّاً بالقتل فقتل حتى وجبت الدية على عاقلة القاتل

لا يرجعون بذلك على الأمر لا فى الحال ولا بعد البلوغ ؛ لأن أمره فى حكم الجنابة لغو ؛ لأنه قول ، والمحجور لا قول له شرعاً على ما عرف .

١٩٣٧١- مكاتب صغيراً أو كبيراً أمر عبداً محجوراً أو مأذوناً صغيراً كان أو كبيراً بقتل رجل ، وقتل ودفعه موله ، أو فداه رجع على المكاتب بقيمة العبد إلا أن تكون قيمة العبد أكثر من عشرة آلاف درهم ، فحينئذ يرجع بعشرة آلاف درهم إلا عشرة ، أما أصل الرجوع على المكاتب فظاهر ؛ لأن هذا ضمان غصب على ما ذكرنا ، والمكاتب أهل الضمان لأنه فى معنى التجارة ، وأما الرجوع بعشرة آلاف إلا عشرة إن كانت قيمة العبد أكثر من عشرة آلاف درهم فهو مشكل ؛ لما ذكرنا أن الواجب ضمان الغصب لا ضمان الجنابة حتى وجب قيمة المأمور ، ولو كان ضمان جنابة لوجب قيمة المكاتب ، ثم جعله مقدراً وضمن الغصب لا يكون مقدراً ، بل يجب بالغاً ما بلغ ، والوجه فى ذلك أن يقال : بلى هذا ضمان غصب ، ولكنه وجب بسبب الجنابة ، فاعتبرنا الغصب فى حق إيجاب قيمة المأمور ، واعتبرنا الجنابة فى حق التدبير .

ونظير هذا ما قلنا : فى العبد المغصوب إذا قتل إنساناً فى يد الغاصب ، ثم رده على المغصوب ودفعه المولى أو فداه يرجع على الغاصب بقيمة العبد إلا أن يكون قيمة العبد أكثر من عشرة آلاف درهم ، فحينئذ يرجع بعشرة آلاف درهم إلا عشرة كذا هذا ، ويستوى أن يكون المكاتب صغيراً أو كبيراً ؛ لأن المكاتب إنما صار من أهل ضمان التجارة بالكتابة ، وفى حق حكم الكتابة الصغير والكبير سواء ، فإن عجز المكاتب كان لمولى القاتل أن يتبع مولى المكاتب ، ويطالبه ببيعه ؛ لما ذكرنا أن هذا ضمان غصب ، وضمن الغصب لا يسقط بالعجز ، فإن عتق بعد ما عجز ، أو قبل العجز ، فإن شاء مولى العبد المدفوع اتبع المعتق بالأقل من قيمة عبده وقيمة المعتق ، وإن شاء اتبع المعتق بجميع ذلك ؛ لما ذكرنا أن هذا ضمان غصب وضمن الغصب لا يسقط بالإعتاق .

وإن كان المكاتب أمر صغيراً حرّاً بذلك ، وغرم عاقلة المقاتل دية المقتول يرجعون على المكاتب بقيمته إن كانت قيمته مثل الدية ، وإن كانت أكثر يرجعون بقدر الدية ؛ لأن هذا الأمر جنابة من المكاتب ، والمكاتب من أهل أن يجب عليه ضمان الجنابة ، ويكون ذلك فى كسبه ، وذلك الأقل من قيمته ومن الأرض على ما مر إلا أن محمداً رحمه الله

ذكر قيمة المكاتب هنا ؛ لأن قيمة المكاتب تكون أقل من الأرش غالباً ، فلهذا قال : لا يرجعون عليه بقيمته .

وإن عجز المكاتب ورد في الرق إن كان عجز قبل أن يقضى القاضى بقيمته للعاقلة بطل حق العاقلة عن المكاتب ؛ لأنه لما عجز جعل كأنه لم يزل رقيقاً ، فصار كعبد قن أقر بالجناية على نفسه ، وهذا لأنه إنما صار جانياً بالأمر ، والأمر قول ، فصار نظير الإقرار بالجناية من هذا الوجه ، والعبد إذا أقر على نفسه بالجناية لا يتبع به لا فى الحال ولا بعد العتق كذا هنا ، وفى الحقيقة هذه المسألة بناء على أن القيمة لا تصير ديناً فى ذمة المكاتب بدون قضاء القاضى ، فبقيت جناية محضة ، وحكمها ما ذكرنا .

وإن كان عجز بعد ما قضى القاضى عليه بالقيمة للعاقلة قبل الأداء ، فعلى قول أبى حنيفة رحمه الله : بطل حقهم عنه فى الحال ، وتأخر إلى ما بعد العتق ، وعلى قولهما : لا يبطل ، بل يؤاخذ به فى الحال ، أصل المسألة فى "كتاب الزيادات" : المكاتب إذا أقر على نفسه بالقتل خطأ ، ثم عجز ، إن كان قبل قضاء القاضى عليه بالقيمة بطل حق أولياء الجناية ، وإن كان بعده فعلى الاختلاف الذى ذكرنا . فأبو يوسف ومحمد رحمهما الله يقولان : بأن القيمة صارت ديناً بقضاء القاضى ، وصار مطالباً بها للحال ، فلا يتأخر بالعجز كضمان الغصب والاستهلاك ، وأبو حنيفة رحمه الله يقول : لما بطلت الكتابة بالعجز صار كعبد محجور أقر على نفسه بالدين ، فيؤاخذ بعد العتق^(١) ، فإن أعتقه المولى بعد العجز وبعد ما قضى القاضى عليه بالقيمة فعاقلة القاتل بالخيار إن شاؤوا ضمنوا المولى قيمته لا غير ؛ لأنه أعتق عبداً مديوناً ، ويرجعون بالباقي على المعتق ، وإن شاؤوا ضمنوا العبد .

وما ذكر أن لهم أن يضمّنوا العبد قولهما ؛ لأن قبل العتق لهم تضمين العبد ، فالمولى أعتق عبداً مديوناً .

وأما عند أبى حنيفة رحمه الله ليس لهم تضمين المولى إذ ليس لهم تضمين العبد للحال ، فالمولى ما أعتق عبداً مديوناً ، فلهذا لا يضمّن ، ولو لم يعجز ولكنه أدى فعتق ، وكان قبل قضاء القاضى عليه بالقيمة أو بعد القضاء فالعاقلة يرجعون عليه بالقيمة حالة ؛

(١) هكذا فى ظ ، وكان فى غيرها "بالتعق" مكان "بعد العتق" .

لأن قبل العتق يرجعون عليه فبعده وهو حر أولى إلا أنهم يرجعون بحسب أداءهم وهم يؤدون في ثلاث سنين في كل سنة ثلث الدية، فيرجعون بحسبه في القيمة يرجعون في السنة الأولى بثلث القيمة، وفي السنة الثانية بثلث آخر، وفي الثالثة بثلث آخر؛ لأن القيمة تأجلت عليه، وكيف يتأجل القيمة، وإن القيمة خلف الرقبة، ولا أجل في الرقبة، ولكن لأن الدية مؤجلة على العاقلة، ورجوع العاقلة بحكم الأداء، فإذا لم يؤدوا لا يكون لهم الرجوع.

ولو كان المكاتب أمر مكاتباً بقتل رجل، فقتله فالجناية في عنق القاتل، يغرم الأقل من قيمته ومن الأرش، ولا شيء على الأمر، سواء كان المكاتب المأمور صغيراً أو كبيراً، أما إذا كان كبيراً لأن هذا ضمان جنائية، لا ضمان غصب؛ لأن المكاتب لا لتحاقه بالأحرار خرج من أن يكون محلاً للغصب، فضمن الجناية لا يجب على الأمر إذا كان المأمور كبيراً، وأما إذا كان صغيراً فلأن المكاتب الصغير بمنزلة المكاتب الكبير في حق الأحكام، فكذا في حق هذا الحكم.

١٩٣٧٢- وفي "المتقى": رجل قال لآخر: اجن عليّ، فرماه المأمور بحجر، فجرحه جرحاً يعاش من مثله، ويسمى جانيّاً، ولا يسمى قاتلاً، ثم مات من ذلك، فلا شيء على الجاني، وإن جرّحه جرحاً لا يعاش من مثله، فهذا قاتل، ولا يسمى جانيّاً، فعليه الدية، وإن قال: اجن عليّ، فقتله بالسيف لم أقصر^(١) منه، وجعلت عليه الدية في ماله، وقد مر شيء من هذه المسائل في الفصل الثاني من هذا الكتاب.

١٩٣٧٣- وفي "المتقى" أيضاً: رجل قال لغيره: اقطع يدي على أن تعطيني هذا الثوب أو هذه الدراهم، ففعل لا قصاص عليه، وعليه خمسة آلاف درهم؛ لأن الصلح على هذا باطل، فإذا أبطلته رده إلى دية العبد.

١٩٣٧٤- وفي "نوادير ابن سماعه" عن أبي يوسف رحمه الله: في رجل قال لغيره: اقتل ابني فقتله عمداً فلأب أن يقتله، ولو قال له: اقطع يدي، فقطع، ومات منه، فعليه الدية في ماله في قول أبي حنيفة رحمه الله.

روى الحسن ابن زياد عن أبي يوسف رحمه الله: إذا قال لغيره: اقتل ابني،

(١) هكذا في الأصل وم، وكان في ظوف "أقصر".

فقتله ، لاقود عليه ، وعليه الدية فى ماله .

ولو قال له : اقطع يد ابنى وهو صغير فقطعها ، فللأب أن يقتص من اليد لابنه .

١٩٣٧٥- وفى "المنتقى" بشر عن أبى يوسف رحمه الله : رجل قال لعبد الغير :
اقتل نفسك ، فقتله ، فعليه قيمته -والله أعلم- .

الفصل الثالث عشر

فى المسائل التى تتعلق بالصبيان، وفى بعض مسائل العبيد

١٩٣٧٦- ذكر فى "النوازل" : صبى مات فى الماء، أو سقط من سطح، فمات، إن كان ممن يحفظ نفسه، لا شىء على الأبوين، وإن كان ممن لا يحفظ نفسه، فعليهما الكفارة.

أما الأول فلأنه إذا كانت له قوة حفظ نفسه كان فى هذا كالبالغ، وأما الثانى لأن حفظه عليهما وصارا بتركه متلفين له، فوجب الكفارة عليهما إن كان فى حجرهما، وإن كان فى حجر أحدهما، فعليه الكفارة، حكاه عن نصير.

وذكر عن الفقيه أبى بكر والفقيه أبى القاسم : فى الوالدين إذا لم يتعاهد الصبى، حتى سقط من السطح، أو وقع فى الماء، أو فى نار، ومات، لا شىء عليهما إلا التوبة، وقال أبونصر : عليهما الكفارة، واختار الفقيه أبو الليث : أنه لا كفارة على أحدهما إلا أن يكون سقط من يده؛ لأن الكفارة على الإنسان إنما تجب إذا اتصل فعله بالمحل، ألا ترى أن من حفر بئراً على قارعة الطريق، فوقع فيها إنسان ومات، أو كان سائقاً أو قائداً لدابة إنسان، فمات أنه لا كفارة عليه، كذا ههنا.

١٩٣٧٧- وذكر فى "النوازل" أيضاً : الأم إذا تركت الصبى عند الأب، وذهبت والصبى يقبل ثدى غيرها، فلم يأخذ الأب للصبى ظئراً، حتى مات جوعاً، الأب آثم، وعليه الكفارة والتوبة، وإن كان لا يقبل ثدى غيرها، وهى تعلم بذلك، فالإثم عليها، فهى التى ضيعته وعليها الكفارة، حكاه عن نصر، وينبغى أن تكون المسألة مختلفاً فيها كالأولى.

١٩٣٧٨- وفى "فتاوى أهل سمرقند" : صبية بنت ست سنين حمت^(١) وكانت جالسة إلى جنب النار، فخرجت الأم بعد خروج الأب إلى بعض الجيران فاحترقت

(١) وكان فى الأصل "همت".

الصبية وماتت لادية على الأم، ولكن إن كان لها مال يعجبني^(١) أن تعتق رقبة مؤمنة، أو يصوم شهرين متتابعين، ويكون على ندامة واستغفار لعل الله يعفو عنها، وهذا استحباب، وأما وجوب الكفارة: فهو على ما ذكرنا قبل هذا.

١٩٣٧٩- قال محمد رحمه الله في "الجامع الصغير": رجل غصب صبيًا حرًا، فمات في يده فجأة، أو بحمي، فليس عليه شيء، وإن مات بصاعقة، أو نهشته حية، فعلى عاقلة الغاصب الدية، هذا هو لفظ هذا الكتاب، وفي الأصل يقول: إذا غصب الرجل صبيًا حرًا، وذهب به فمات، فهذا على وجهين: إما أن مات بأمر لا يمكن التحرز والتحفظ عنه بأن أصابه حمى، وفي هذا الوجه لا ضمان على الغاصب بالإجماع.

وإما أن مات بأمر يمكن التحرز عنه بأن قتل، أو أصابه حجر، أو سقط عليه حائط، أو نزلت صاعقة من السماء، فأصابته، فقتلته، أو نهشته حية، أو أكله سبع، أو تردى من حائط أو جبل، فإن الغاصب يضمن في قول علماءنا الثلاثة رحمهم الله، وقال زفر والشافعي رحمهما الله: بأنه لا يضمن.

وأجمعوا على أنه لو قتل الصبي نفسه، فإنه لا ضمان على الغاصب، وفي العبد يضمن مات بأمر يمكن التحرز عنه، أو بأمر لا يمكن التحرز عنه.

وفي "المنتقى": لو مات الصبي في يد الغاصب من حر أو برد من غير فعل الغاصب، كانت ديته على عاقلة الغاصب، وإن غصب من الغاصب، فلا يدرى أحي هو أم ميت؟ فلا شيء على الغاصب.

فأما زفر والشافعي رحمهما الله ذهبا في ذلك إلى أن غاصب الصبي لو ضمن الصبي بهذه الأسباب، فإنما يضمن، إما بالغصب، أو بالجناية عليه، ولا يجوز أن يضمن بالغصب؛ لأن الحر لا يضمن بالغصب كالحر الكبير؛ ولأن الغاصب لا يضمن إذا مات حتف أنفه، ولو كان يضمن بسبب الغصب يضمن كما في العبد، ولا يجوز أن يضمن بالجناية؛ لأن الجناية إما مباشرة أو تسبيب، ولم يوجد من الغاصب مباشرة جناية على الصبي، فإن حد المباشرة أن يتصل فعل الإنسان بغيره، ويحدث منه التلف كما لو جرحه، أو ضربه، فمات من ذلك، وهنا التلف لم يحدث من الفعل الذي اتصل

(١) وفي م "ينبغي".

بالصبي، وهو غصبه، وتلفه إنما حدث من فعل آخر، وهو نهش الحية، وافتراس السبع، فالمباشرة لم توجد، ولهذا لا يجب عليه الكفارة، ولم يوجد التسبب؛ لأن حد التسبب أن يتصل أثر فعله بغيره لا حقيقة فعله، ويتلف بذلك الأثر، وهنا التلف لم يحصل من أثر فعله، فإن أثر فعله حصول الصبي في المكان الذي نقل الصبي إليه، هذا أثر فعله، ولم يحصل به التلف، وإنما حصل التلف بأمر آخر حدث بعد ذلك، وهذا يمنع وجوب الضمان على المسبب كما لو وقع في البئر إنسان، فلم يمت، فوقع عليه آخر، فمات من وقوع الثاني عليه، فإنه لا ضمان على حافر البئر، وإنما يجب الضمان على الثاني، ولأنكم تقولون: بأنه إذا قتله إنسان، فإن الغاصب يضمن، ولو كان الغصب من الغاصب سبباً^(١) لجناية على الصبي لكان لا يضمن المسبب مع المباشر كما في الحافر مع الواقع، فبهذا تعلق زفر والشافعي رحمهما الله، وإنه واضح.

واختلفت عبارة مشايخنا في هذه المسألة لعلماءنا، من مشايخنا من قال: بأن الغاصب إنما ضمن عندنا بسبب الغصب لا بالجناية، وذهب في ذلك إلى الخلاف في الصبي الذي لم يعبر عن نفسه لشبهه العبد^(٢) من وجه، والحر الكبير من وجه، أما شبه العبد من وجه فإنه مما يثبت عليه اليد كما يثبت على العبد، ولهذا قالوا: بأن ذا اليد إذا قال: هذا الصبي عبدى كان القول قوله، فمن هذا يشبه العبد، ويشبه الحر الكبير من وجه؛ لأنه ليس بمال كالحر الكبير، ولو كان بمنزلة العبد من كل وجه، كان الغاصب يضمن بالغصب، سواء هلك بفعل يمكن التحرز عنه أو لا يمكن، ولو كان بمنزلة الحر الكبير من كل وجه كان لا يضمن الغاصب بالغصب، سواء هلك بفعل يمكن التحرز عنه أو لا يمكن.

فإذا كان الذي لا يعبر عن نفسه بينهما، وفرنا على الشبهين حظهما، فقلنا: لشبهه بالعبد من وجه إذا هلك بأمر يمكن التحرز عنه يضمن عملاً لشبهه بالعبد، ولشبهه بالحر إذا هلك بأمر لا يمكن التحرز عنه لا يضمن توفيراً على الشبهين حظهما، وإنما سعى هذا القائل إلى إيجاب الضمان بالغصب؛ لأنه لم يوجد من الغاصب لا مباشرة الجناية ولا

(١) وفي م "تسيباً".

(٢) هكذا في ظ وف، وكان في الأصل وم "بالعبد".

التسبب من الوجه الذى قالاً بخلاف الحر الكبير ، والصبى الذى يعبر عن نفسه ؛ لأنه مما لا يشبه العبد بوجه ما لا باعتبار المالية ولا باعتبار إثبات اليد عليه ، فإنه مما لا يثبت اليد على الحر الكبير ، ولا على الصبى الذى يعبر عن نفسه ، ألا ترى أن ذا اليد لو ادعى أنه عبده لم يكن القول قول ذى اليد ، وإنما كان القول قول الصبى ، ومن سلك هذه العبارة احتاج إلى إثبات تخصيص فى حق الصبى ، فإن محمداً رحمه الله قال : إذا غصب صبيّاً ، ولم يفصل بينهما إذا كان الصبى يعبر عن نفسه ، أو لا يعبر عن نفسه ، فهذا القائل متى قال : إنما يضمن إذا كان الصبى لا يعبر عن نفسه ، ولا يضمن إذا كان يعبر عن نفسه ، فقد أثبت تخصيصاً فى جانب الصبى لم يذكر محمد رحمه الله .

ومن مشايخنا من قال : بأن الغاصب إنما يضمن عندنا بسبب الجناية على الصبى لا بسبب الغصب ؛ لأن الحر يضمن بالجناية عليه ، ولا يضمن بالغصب إلا أنهم اختلفوا بعد هذا أن الغاصب يضمن ، لأنه مباشر للجناية على الصبى ، أو مسبب لإتلافه .

منهم من يقول : يضمن الغاصب ؛ لأنه باشر إتلافه ، وذهب فى ذلك إلى أنه وجد حدّ المباشرة للجناية من الغاصب ؛ لأن حد المباشرة أن يتصل فعله بالغير ، ويحدث منه التلف من حيث الحقيقة كما لو ضربه أو جرحه ، وهنا اتصل الغاصب بالصبى لما غصبه ، ونقل ، وما حدث من التلف مضاف إلى غصبه من حيث الحكم ، وإن كان حادثاً من عمل آخر إذا كان مما يمكن التحرز والتحفظ عنه من حيث إن التلف بهذه الأشياء مما لا يعم الأماكن كلها ، والصبى عاجز عن حفظ نفسه عن الأسباب المتلفة ، وإنما يحفظه وليه ، فإذا قطعه عن حفظ وليه ، ولم يحفظه عما يمكن التحفظ والتحرز عنه أضيف التلف إلى غصبه وفعله من حيث الحكم ، وإذا صار التلف مضافاً إلى فعله من حيث الحكم باشر الإتلاف من حيث الحكم ، إن لم توجد المباشرة من حيث الحقيقة ، والمباشرة من حيث الحكم كافٍ كما فى إيجاب الضمان كما فى المكره وشهود القصاص ، وإذا اعتبر مباشراً حكماً صار كأنه ألقى الحية على الصبى حتى نهشته ، أو ألقى الجدار عليه ، أو وضعه بين يدى السبع حتى افترسه ، ولو كان كذلك كان يضمن ، فكذا ههنا ، وإنما سعى هذا القائل إلى إثبات المباشرة من الغاصب كيلا يحتاج إلى تخصيص ما .

قال محمد رحمه الله : فى حق الصبى بخلاف ما لو مات بالحمى ؛ لأن حدوث

الموت بالحمى لا يجوز أن يضاف إلى غصبه، ونقله من حيث الحكم؛ لأنه مما يعم الأماكن كلها، قال الله تعالى: ﴿أَيْنَمَا تَكُونُوا يُدْرِكُكُمُ الْمَوْتُ﴾^(١)، ولأنه لا يمكن التحرز والتحفظ عنه، وإذا لم يجوز أن يكون حدوث ما حدث من التلف مضافاً إلى غصبه لم يثبت منه المباشرة؛ لأن المباشرة أن يتصل فعله بالغير، وما حدث من التلف بعد ذلك يكون مضافاً إلى فعله إما حقيقة بأن حدث منه، أو اعتباراً بأن كان مضافاً إليه حكماً، ولم يوجد أحد هذين، وبخلاف حافر البئر؛ لأن حقيقة فعله الذي حدث منه التلف وهو الحفر لم يتصل بالواقع في البئر، وإنما اتصل به أثر فعله، فكان مسبباً، إذا المسبب من اتصل بالتلف أثر فعله، لا حقيقة فعله، بخلاف ما نحن فيه.

ومنهم من يقول: بأن الغاصب إنما يضمن؛ لأنه سبب للجناية على الصغير، لا لأنه مباشر، وقد ذهب في ذلك إلى أنه لم يوجد من الغاصب حد المباشرة؛ لأن حد المباشرة أن يحدث التلف من الفعل الذي حل بالمتلف، كما في الجراحة والضرب، وهنا التلف حصل من فعل آخر لا من غصبه ونقله، وهو نهش الحية وافتراس السبع وسقوط الحائط عليه، وإنه غير منقول إليه حتى يجعل مباشراً؛ لأن الفاعل لذلك مختار، وليس بمكره من جهته، فحد المباشرة لم يوجد، ولكن وجد حد التسيب؛ لأن حد التسيب أن يتصل التلف بأثر فعله بواسطة فعل آخر، ويستقيم إضافة التلف إلى أثر فعله كما في حفر البئر اتصل التلف بأثر فعله، وهو العمق بواسطة فعل آخر، وهو فعل الماشي، واستقام إضافة التلف إلى أثر فعله، فإنه يستقيم أن يقال: لولا أثر فعله، وهو العمق لما تلف الماشي، فكان الحفر تسبباً للتلف من هذا الوجه، وهذا المعنى وجد هنا؛ لأنه^(٢) اتصل التلف بأثر فعله، وهو حصول الصبى في المكان الذي نقله إليه، فإنه يستقيم أن يقال: لولا حصول الصبى في هذا المكان وإلا كان لا يتلف الصبى؛ لأن هذه الصواعق التي حلت بالصبي مما لا يعم الأمكنة كلها، وإنما يوجد في بعض المواضع، فأمكن إضافة التلف مع واسطة فعل آخر إلى أثر فعله، فكان مسبباً، والمسبب ضامن متى لم يجب الضمان على المباشر كما في حفر البئر، بخلاف ما إذا مات من الحمى حتف أنفه؛ لأن حدوث الموت من الحمى لا يمكن أن يضاف إلى أثر فعله، وهو حصول الصبى في

(١) سورة النساء: الآية ٧٨.

(٢) هكذا في ظ و ف وم، وكان في الأصل "لأن التلف اتصل بأثر فعله".

المكان الذي نقله إليه ؛ لأن الموت مما يصيبه في الأماكن كلها، فلم يمكن أن يضاف حدوث الموت من الحمى إلى أثر فعله، والمسبب إنما يضمن إذا جاز إضافة التلف إلى أثر فعله، بأن يستقيم أن يقال : لولا أثر فعله لكان لا يتلف، ولا يستقيم أن يقال : لولا أثر فعله لكان لا يموت، وبخلاف ما لو غصب حرّاً كبيراً، ونقله إلى مكان فأصابه شيء من هذه الصواعق ؛ لأنه لم يوجد من الغاصب هناك حد المباشرة ولا حد التسبب، أما المباشرة فظاهرة، وأما التسبب فلأن هناك لا يمكن إضافة التلف إلى أثر فعل الغاصب ؛ لأن الكبير يمكنه حفظ نفسه عن الأسباب المتلفة، فإذا لم يحفظ يكون حدوث التلف مضافاً إليه لا إلى فعل الغاصب، وكان كالماشي إذا علم بالبئر ومشى كذلك حتى وقع لم يكن على الحافر ضمان ؛ لأنه لما علم بالبئر أمكنه دفع الهلاك عن نفسه بأن لا يمشى على البئر، فإذا مشى وتلف مع إمكان دفع التلف عن نفسه لم يضاف حدوث التلف إلى أثر فعل الحافر، وإنما أضيف إلى مشى الماشي، فكذلك هنا بخلاف الصغير ؛ لأنه لا يمكنه حفظ نفسه عن الأسباب المتلفة على ما مر، وكان كالماشي على البئر إذا لم يعلم بالبئر حتى وقع، فمات ضمن الحافر، وأضيف التلف إلى أثر فعله لما كان الماشي عاجزاً عن دفع الهلاك عن نفسه إذا لم يعلم بالبئر.

قياس مسألتنا من مسألة الكبير أن لو غل الكبير المغصوب وشده، فأصابه شيء من الصواعق التي يمكن التحفظ، وهناك يقول^(١) : بأنه يكون ضامناً ؛ لأنه عاجز عن حفظ نفسه بما صنع، فصار حدوث التلف مضافاً إلى أثر فعله، فكان مسبباً لإتلافه، هكذا ذكر شيخ الإسلام في شرحه.

وفي جنایات "المنتقى" قال أبو يوسف رحمه الله : قال أبو حنيفة رحمه الله في رجل ققط رجلاً فطرحة قدام سبع فقتله السبع لم يكن على الذي فعل ذلك قود ولا دية، لكنه يغرم، ويضرب ويحبس حتى يموت.

قال أبو يوسف رحمه الله : وأما أنا فأرى أن يحبس أبداً حتى يموت، ولا يلزم على ما قلنا : لو حبس الطعام عن الصغير حتى مات، فإنه لا يضمن، وإن كان هذا مما يمكن التحرز عنه، وكذلك لو حبس حرّاً، ومنع عنه الطعام حتى مات، فإنه لا يضمن ؛ لأن

(١) هكذا في ظوف وم، وكان في الأصل "نقول".

هناك لم يوجد المباشرة ولا التسبب، أما المباشرة فلأن التلف ما حصل من فعل الغاصب الذى اتصل بالمحل ؛ لأن التلف حدث من الجوع، والجوع غير حادث من فعله الذى اتصل به وهو حبسه وغصبه، وإنما حدث من طبعه، فإنه خلق على وجه بجوع^(١)، ألا ترى أنه من غير حبس يعتريه الجوع، والجوع مما يعتريه^(٢) فى الأماكن كلها، فصار نظير الموت حتف أنفه، ولم يوجد التسبب أيضاً؛ لأنه لا يستقيم إضافة التلف إلى أثر فعله، وهو حصوله فى المكان الذى حبسه، فإنه لا يستقيم أن يقال: لولا حبسه فى هذا المكان لكان لا يعتريه^(٣) الجوع، فلم يجز أن يضاف التلف الحادث من الجوع إلى أثر فعله.

فأما التلف الذى حدث من الصواعق التى لا تعم الأماكن كلها، يجوز أن يكون مضافاً إلى أثر فعله، فيقال: لولا حصوله فى هذا المكان ما أصابته هذه الصواعق، ولا يلزم على ما قلنا: إذا صاح الرجل بالصبي، وهو على شاطئ جبل، ففزع فسقط ومات، فإنه لا يضمن، نص الطحاوى على هذا فى "مختصره"؛ لأنه لم توجد المباشرة ولا التسبب.

أما المباشرة فلأن حد المباشرة فعل يتصل بالغير، والمتصل بالصبي قوله لا فعله، ألا ترى أن من قال لغيره: قولاً إساءة، ومات عقبه، لا يضمن؛ لأن المتصل به القول لا الفعل، ولم يوجد التسبب؛ لأن التسبب أن يتصل التلف بأثر فعله بواسطة فعل آخر كما فى حفر البئر، وهنا التلف اتصل بأثر قوله، لا بأثر فعله، فلم يكن هذا مباشرة ولا تسبباً بخلاف ما نحن فيه؛ لأن التلف اتصل بأثر فعله لا بأثر قوله، ومن سلك هذه الطريقة لا يحتاج إلى إثبات تخصيص فى جانب الصبي، فإنه يقال: سواء كان الصبي يعبر عن نفسه أو لا يعبر، فإنه يضمن كما أطلقه محمد رحمه الله، ولكن يحتاج إلى تخصيص ما.

قال محمد رحمه الله فى قوله: "قتل الصبي، أو أصابه حجر": إن الغاصب ضامن، فإنه يحتاج إلى أن يحمل قوله: قتل إذا حصل القتل ممن لا تعتبر جنايته.

(١) هكذا فى جميع النسخ، ولكن المناسب "يجوع".

(٢) هكذا فى ظ، وكان فى الأصل وف وم "مما يعتر به".

(٣) هكذا فى ظ، وكان فى الأصل وف وم "مما يعتر به".

وأما إذا قتله من تعتبر جنائيته بأن قتل هذا الصبي إنسان في يد الغاصب يقول : بأن الغاصب لا يضمن ؛ لأن هذا القاتل أوجب الضمان على الغاصب من حيث إنه مسبب لامباشر ، والمسبب لا يضمن متى أمكن إيجاب الضمان على المباشر كما في الواقع والحافر ، وكما في المسك والقاتل .

وذكر الناطقى في "واقعاته" : مسألة الصبي في صورة أخرى ، وذكر فيها خلافاً ، فقال : صبي على حائط صاح به رجل ، فوقع ومات ، قال أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد^(١) رحمهم الله : لا شيء عليه .

وفى "نوادر ابن رستم" : إذا صاح به ، فقال : لا تقع ، فوقع لا يضمن ، وإذا قال : قع فوقع يضمن ؛ لأن قوله : قع أمر بأن يفعل فعل الوقوع ، فصار بمنزلة ما لو قال له : ألق نفسك في الماء ، أو قال : في النار وفعل وهناك يضمن ، كذا هنا .

١٩٣٨- وإذا قتل الصبي المغضوب رجلاً لم يكن على الذي اغتصبه من ذلك شيء ، وكذلك لو قتل الصبي نفسه ، لم يكن على الغاصب شيء ، أما على قول من قال من مشايخنا : بأن الغاصب إنما يضمن بالغصب لا بالجنائية ، فلأنه يضمن بالغصب ما يمكنه التحرز والتحفّظ عنه ، فأما لا يمكنه التحفّظ عنه فإنه لا يضمن ، كما لو مات الصبي حتف أنفه ، وما تلف بفعل الصغير مما لا يمكنه التحفّظ عنه ؛ لأن الصبي يكون مخلي بين نفسه ، وفعله في الأماكن كلها لا يغيب عنه فعله في مكان ما ، بل يعم الأمكنة كلها كما يعم الموت حتف أنفه الأمكنة كلها ، وما لا يمكن للغاصب التحفّظ عنه ، لا يضمّنه بغصب الصبي .

وأما من قال : بأنه يضمن لأنه مباشر للجنائية على الصبي ، فإنما يضمن أيضاً ما يمكنه التحرز عنه ، ولا يضمن ما لا يمكنه التحفّظ والتحرّز عنه والتحفّظ عن فعله غير ممكن على ما بينا ، فلا يضمن الغاصب ما تلف بفعله ، كما لا يضمن إذا مات حتف أنفه ، ومن قال : لا يضمن ؛ لأنه سبب للجنائية لا يضمن الغاصب ما تلف بفعل الصبي ؛ لأن المسبب لا يضمن مع المباشر ، والصبي مباشر في الإتلاف ، فعلى العبارات كلها ما تلف بفعل الصبي : لا يضمّنه الغاصب .

(١) وفى م "ومحمد وزفر" .

١٩٣٨١- وإذا حمل الرجل الصبى الحر على دابته ، وقال له : أمسكها لى ، وليس الرجل بسبيل منه يريد بقوله : ليس بسبيل منه أى ليس الحامل بولى الصبى ، فسقط الصبى عن الدابة ومات ، فالرجل ضامن سواء كان الصبى يستمسك على الدابة ، أو كان لا يستمسك على الدابة لوجهين : أحدهما : أن الرجل صار غاصباً للصغير لما حمله على الدابة بغير إذن وليه ، وغاصب الصبى يضمن متى تلف الصبى بأمر يمكنه التحرز التحفظ عنه ، وسقوطه عن الدابة بعد ما حمله على الدابة مما يمكن التحرز والتحفظ عنه ، بأن يحفظه حتى لا يسقط .

والثانى : أنه لما قال للصبى : أمسكها لى والصبى ممن يعقل ذلك صار مستعملاً للصبى فى عمل من أعماله ، وهو إمساك الدابة له بغير إذن وليه ، ومن استعمل صبيّاً فى عمل من أعماله بغير إذن وليه ، ومات الصبى بسبب استعماله ، فإنه يضمن كما لو قال للصبى : اصعد هذه الشجرة ، وانقض لى ثمرة ، فصعد فسقط فمات ، ضمن ، وبمثله لو قال له : اصعد هذه الشجرة ، وانقض ثمارها لنا كلها ، أو قال : لتأكل فسقط فمات ، لا يضمن ؛ لأنه ما استعمله لنفسه ، ذكر شيخ الإسلام مسألة الصبى صعد الشجرة من غير ذكر خلاف .

وفى الفصل الثانى من هذه المسألة اختلاف المشايخ ، وتجب دية الصبى على عاقلة الرجل ؛ لأنه مخطئ محض ، فإنه قصد حمله على الدابة ، ولم يقصد استهلاكه ، فكان هذا مخطئاً محضاً ، وشبه العمد يجب على العاقلة ، فهذا أولى ، وتاويل هذه المسألة إذا حمله على الدابة والدابة واقفة ، فإن كانت الدابة تسير ، فسقط الصبى ومات ، فاعلم بأن الروايات اختلفت فى هذا الفصل ، وذكر فى بعض الروايات : إذا سقط الصبى وهى تسير أى الدابة تسير ، فهو ضامن .

وهكذا أثبتته الحاكم الجليل فى "المختصر" ، وتاويله إذا كانت الدابة تسير ، يسير صاحبها حتى كان سير الدابة مضافاً إلى صاحبها ، وذلك بطريقتين : أحدهما : أن سير الدابة بعد ما حمل الصبى عليها ، والثانى : أن سير الدابة قبل أن يحمل الصبى عليها ، ثم حمل الصبى عليها وهى تسير ، فإذا سقط الصبى فى هذه الحالة ، فإنما سقط من فعل صاحب الدابة ، فيضمن على كل حال .

وأما إذا سارت بنفسها، فلا ضمان عليه؛ لأنها منفلة، وما تلف بفعل المنفلة، فهو جبار.

وذكر في بعض الروايات: إذا سقط الصبي، وهو يسير الدابة إن كان يريد بسير صاحب الدابة لا بسير الصبي، فإن الرجل ضامن لدية الصبي، سواء كان الصبي يستمسك على الدابة أو لا يستمسك؛ لأن صاحب الدابة متى كان هو المسير يكون تلف الصبي مضافاً إلى تسييره، والسقوط من تسييره مما يمكن التحرز والتحفظ عنه؛ لأنه من فعل الغاصب لا من فعل الصبي، فيضمنه الغاصب، سواء كان الصبي ممن يستمسك على الدابة، أو لا يستمسك.

وإن كان المراد بقوله: وهو يسير أى الصبي يسير الدابة^(١)، وكان الرجل حمل الصبي عليها، وهى واقفة، ثم سيرها الصبي^(٢)، فوقع فمات، فإنه لا ضمان على الرجل؛ لأن الصبي إذا كان بحيث يسير الدابة، فالتسيير يكون مضافاً إلى سير الصبي^(٣) لا إلى الرجل؛ لأن الرجل حمله، ولم يأمره بالسير، وإذا صار التلف مضافاً إلى فعل الصبي وهو يسيره، لم يضمن الرجل كما لو قتل الصبي نفسه، وإن حمله عليها وهى واقفة، فوطئت إنساناً إن أوطأته وهى واقفة، فضمنه على صاحب الدابة، وهذا ظاهر.

١٩٣٨٢ - وإن أوطأته بعد ما سارت، فإن سارت بسير الصبي والصبي ممن يسير الدابة، فالضمان على عاقلة الصبي، وكذلك إن فسدت مالا، فضمن ذلك في مال الصبي، وليس على الرجل من ذلك شيء؛ لأنه لا يخلو إما أن يعتبر الرجل غاصباً للصبي أو مستعملاً للصبي في عمل من أعماله، وأى ذلك ما اعتبر لم يكن على الرجل ضمان، إن اعتبر غاصباً، فغاصب الصبي إنما يضمن بالغصب ما يمكن للغاصب التحرز والتحفظ عنه، ولا يضمن ما لا يمكنه التحفظ والتحرز عنه، ولا يمكن التحفظ والتحرز عن فعل الصبي؛ لأن فعله مما يعينه، بل يعم الأماكن كلها، فكان بمنزلة الموت حتف

(١) وكان فى الأصل "يسير الدابة".

(٢) هكذا فى ظ، وكان فى الأصل "ثم يسيرها الصبي".

(٣) هكذا فى ظ، وكان فى غيرها "تسير الصبي".

أنفه، وكان بمنزلة ما لو ناوله سكينًا، فقتل نفسه، لم يكن عليه ضمان، فكذا هذا، وإن اعتبر مستعملًا للصبي فكذلك؛ لأن المستعمل للصبي إنما يضمن ما لحق الصبي من الضمان إذا لزمه الضمان بسبب عمل استعمله فيه، فأما إذا لحقه الضمان بسبب عمل لم يستعمله المستعمل فى ذلك لا يكون عليه ضمان .

وكذلك لو أمره بأن يصعد هذه الشجرة، فصعد شجرةً آخر، والغاصب استعمله فى إمساك الدابة وحفظها، ولم يستعمله فى تيسير الدابة، فما لزمه من الضمان بسبب تيسير الدابة، ولم يأمره الرجل بالتسيير، إنما أمره بالإمساك لا يكون قرار ذلك على المستعمل كما لو ناوله سكينًا، وقال له : أمسكها، فقتل بذلك رجلًا حتى وجبت الدية على عاقلة الصغير، لم يكن لعاقلة الصبي أن يرجعوا بذلك على الأمر؛ لأنه لم يستعمله فى القتل، وإنما استعمله فى الإمساك، فكذا ههنا .

١٩٣٨٣- وإن كان الصبي ممن لا يستمسك على الدابة ولا يسير الدابة، وقد حمّله الرجل والدابة واقفة، ثم سارت فأوطأت إنسانًا، أو أفسدت متاعًا، فإنه لا يجب ضمان ذلك لا على الصبي، ولا على الذى حمل الصبي على الدابة .

أما لا يجب على الصبي؛ لأن الصبي إذا كان ممن لا يسير الدابة، فسير الدابة لا يكون مضافًا إلى الصبي، ويكون الصبي عليها بمنزلة الحمل على الدابة، وإذا لم يجز أن يكون السير مضافًا إلى الصبي، لم يجز أن يجب الضمان على الصبي، وأما لا يجب على الرجل؛ لأن الرجل لم يسير الدابة، وإذا لم يجز أن يضاف سير الدابة إلى واحد منهما كانت سائرة باختيارها لا بتسيير أحد وكانت منفلة، وما أصابت المنفلة شيئًا، فإنه يهدر بقوله عليه السلام : «العجماء جبار»^(١)، والمراد به إذا كانت منفلة .

(١) أخرجه البخارى فى " صحيحه " ٥٤٥ / ٢ حديث (١٤٢٨) وفى ٢٥٣٣ / ٦ حديث (٣٥١٤) وابن خزيمة فى " صحيحه " ٤٦ / ٤ حديث (٢٣٢٦) وأبو عوانة فى " مسنده " ١٥٦ / ٣ حديث (٦٣٥٤) والدارمى فى " سننه " ٤٨٣ / ١ حديث (١٦٦٨) و ٢٥٧ / ٢ حديث (٢٣٧٨) والبيهقى فى " سننه " ١٥٥ / ٤ حديث (٧٤٣٦) ومالك فى " الموطأ " ٨٦٩ / ٢ حديث (١٥٦٠) والنسائى فى " سننه " ٥ / ٤٥ حديث (٢٤٩٧) وفى " الكبرى " ٤٢٤ / ٣ حديث (٥٨٣٢) والدارقطنى فى " سننه " ١٥٤ / ٣ حديث (٢١٤) والربيع فى " مسنده " ١٣٦ / ١ حديث (٣٣٤) وعبد الرزاق فى " مصنفه " ٦٥ / ١٠ حديث (١٨٣٧٣) والطحاوى فى " شرح معانى الآثار " ٢٠٣ / ٣ والطبرانى فى " الأوسط " ٣٨ / ٣ حديث (٢٣٩٩) وأحمد فى " مسنده " ٣٨٢ / ٢، ٣٨٦، ٤٦٧، ٤٧٥، ٤٨٢، ٤٩٩، وإسحاق

١٩٣٨٤- روى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة رحمه الله : أنه قال : إذا قمت صبيًا ، وألقاه في الشمس حتى قتله الحر ، أو ألقاه في ظل في يوم بارد ، فقتله البرد ، فعلى عاقلته الدية ، وكذا إذا قمطه ، وألقاه بين يدي سبع حتى أكله ، فعلى عاقلته الدية .

١٩٣٨٥- ولو غصب صبيًا حرًا ، وذهب به إلى منزله ، وقتله كان للأب الخيار ، إن شاء ضمنه الدية على عاقلته بالغصب ، وإن شاء قتله بالقتل .

١٩٣٨٦- ولو قتله أجنبي في يده ، كان الأب بالخيار أيضًا ، فإن قتل القاتل برئ الغاصب وعاقلته ، وإن ضمن عاقلة الغاصب الدية ، رجعوا بها في مال القاتل .

١٩٣٨٧- وفي "المنتقى" : رجل أمر صبيًا أن يسقي له دابة من النهر ، أو أرسله في حاجة ، فمات ، أو ضل ، لم يكن على الرجل شيء ، وإن غرق في النهر ، أو ضربته دابة ، أو نهشته حية كان الذي أمره ضامنًا ، والدية على عاقلته .

١٩٣٨٨- وإذا حمل الرجل صبيًا مع نفسه على الدابة ، فوطئت الدابة إنسانًا ، فهذا على وجهين : إما أن يكون الصبي ممن يستمسك على الدابة وبسيرها ، أو لا يستمسك على الدابة ، فإن كان يستمسك على الدابة ، فدية المقتول على عاقلتهما ؛ لأن سير الدابة يكون مضافًا إلى الصبي وإلى الرجل ، فيكون الإيطاء مضافًا إليهما أيضًا ، فيضمنان ذلك ، كما لو أردف بالغًا مع نفسه ، فوطئت الدابة إنسانًا إلا أن على الرجل الكفارة ، ولا كفارة على الصبي ؛ لأنهما باشرًا قتله ، فإن المقتول إنما تلف بفعلهما وفعل الدابة ، فصارا مباشرين إلا أن الرجل متى باشر قتل إنسان ، كان عليه الكفارة ، ولا الكفارة على الصبي ، فكذا هذا .

وإن كان لا يستمسك على الدابة ، فدية المقتول كله تجب على عاقلة الرجل ، وليس على عاقلة الصبي شيء ؛ لأن سير الدابة كله مضاف إلى الرجل غير مضاف إلى الصبي ، إذا كان لا يستمسك على الدابة ، ويكون الصبي إذا كان لا يستمسك ، والثوب المبسوط على الدابة سواء ، فيكون الإيطاء كله مضافًا إلى الرجل ، وصار مسألتنا كرجل ركب الدابة ، وأردف مع نفسه محملاً ، فإن كدمت ، وأتلفت إنسانًا ، أو أفسدت متاع إنسان ، فالجواب فيه على التفصيل الذي ذكرنا ، وإذا وطئت إنسانًا بيده إن كان الصبي

ممن يسير الدابة، ويستمسك عليها، فالضمان عليهما، وإن كان لا يستمسك، فالضمان كله على الرجل؛ لما ذكرنا، ولا ترجع عاقلة الصبي على عاقلة الرجل بشيء، وذلك لأن عاقلة الصبي لو رجعوا^(١) على عاقلة الرجل، فإنما يرجعون إما بحكم الغصب؛ لأنه صار غاصباً للصبي لما حمل الصبي على الدابة، أو بحكم الأمر؛ لأنه أمر الصبي بسير الدابة، ولا يجوز أن يرجعوا على عاقلة الصبي بحكم الغصب؛ لأن غاصب الصبي الحر لا يضمن ما تلف بفعل الصبي، ألا ترى لو قتل الصبي نفسه أو رجلاً آخر، حتى وجبت الدية على عاقلة الصبي، لم يكن لعاقلة الصبي أن يرجعوا بذلك على عاقلة الغاصب، كذا هنا، ولا يجوز أن يرجعوا عليه بحكم الأمر؛ لأنه أمره بالسير لا بالإيطاء، فالإيطاء حصل بغير أمر صاحب الدابة، وإليه أشار محمد رحمه الله، فقال: لأنه لم يأمره بالجناية أى أمره بالسير لا بالإيطاء الذى هو جناية.

قال رضى الله عنه: قد ذكرنا قبل هذا على سبيل الاستشهاد أن من قال لصبي: اصعد هذه الشجرة، وانقض لى ثمارها، فصعد وسقط، إن الأمر يضمن الدية على عاقلته، وكذلك لو أعطاه عصا أو سلاحاً ليمسكه له، أو لم يأمره بشيء، فعطب به الصبي، ولم يرد بقوله: عطب به الصبي أن الصبي قتل نفسه، فإن هناك لا ضمان على المعطى، إنما أراد به أنه سقط من يديه على بعض بدنه، وعطب به، وكذلك لو أمره بحمل شيء، أو كسر خطبه بغير إذن وليه، فتلّف من ذلك.

ولو لم يقل له: أمسكه لى، فعطب بالسلاح، اختلف المشايخ فيه، وكذا اختلف المشايخ فيما إذا قال له: اصعد هذه الشجرة، ولم يقل: شيئاً آخر، أو قال: انقض الثمار لنفسك، فسقط، ففيه اختلاف المشايخ أيضاً، وقد مر. ولو وضع الخطب بين يدي عبد محجور، ولم يأمره بشيء، فكسر العبد الخطب، فوقع قطعة من ذلك على عين الغلام، وذهب عينه، فلا شيء على صاحب الخطب، وفى "الجامع الصغير": قال لعبد الغير: ارتق هذه الشجرة وانقض الثمرة لتأكله أنت ففعل فسقط ومات لم يضمن الأمر، ولو قال: حتى آكله والمسألة بحالها ضمن.

(١) هكذا فى الأصل، وكان فى غيره "رجع".

الفصل الرابع عشر

فى جناية الحائط والجناح والكنيف وأشباهها

وفيما يحدثه الإنسان فى الطريق

١٩٣٨٩ - يجب أن يعلم بأن الحائط المائل لا يخلو من وجهين : إما أن بناء صاحبه مائلا إلى الطريق ، أو بناء غير مائل ، ثم مال بعد ذلك بمرور الزمان ، فإن بناء مائلا فى الابتداء ، ثم سقط على إنسان فقتله ، أو أثلف مال إنسان فإنه يضمن سواء تقدم إليه بالنقض أو لم يتقدم ، ومعنى التقدم أن يقول صاحب الحق لصاحب الحائط : إن حائطك مخوف ، أو يقول : مائل ، فانقضه حتى لا يسقط ، ولا يتلف شيئا .

١٩٣٩٠ - وفى "المنتقى" : رجل له حائط مائل ، فقال له آخر : اهدم هذا الحائط ، فإنه مائل ، فهذا إشهاد عليه ، ولو قال له : ينبغى لك أن تهدمه ، فهذا ليس بإشهاد عليه بل هو مشورة ، وإنما وجب الضمان ؛ لأنه متى بناء فى الابتداء مائلا إلى الطريق فقد شغل هواء طريق المسلمين بصنعه فكان بمنزلة ما لو أشرع جناحا إلى الطريق الأعظم ، ثم سقط على إنسان ، فقتله ، أو أثلف مال إنسان ، وهناك يضمن ، سواء تقدم إليه بالرفع أو لم يتقدم ؛ لأنه مسبب ، فإن السبب فعل هو تعدد ، وبناء الحائط مائلا إلى الطريق تعدد ؛ لأنه شغل هواء طريق المسلمين ، وليس له حق الشغل فيضمن ، وصار كما لو حفر بئرا ، فوقع فيه إنسان فمات ، فإنه يضمن ، سواء تقدم إليه لإصلاح ذلك أو لم يتقدم .

١٩٣٩١ - وفى "المنتقى" : رجل بنى حائطا واهى البناء ، فدرجه حتى أماله على الطريق ، فلا ضمان عليه فى ذلك .

وإن أشهد عليه وهو مخوف فهو ضامن ، وإن كان غير مخوف ، فهذا على وجهين : إن كان ميلانا كثيرا ، فهو ضامن لما أصابه تقدم إليه أو لم يتقدم ، وإن كان شيئا يسيرا ، فلا ضمان ؛ إذ لا يسلم حائط يبنى من هذا وأشباهه ، ألا ترى أن السائر على الدابة فى الطريق لا يضمن ما ضربت بحافرها من النواة والحصاة الصغيرة ، إذا أصابت

إنساناً، ويضمن الحجر الكبير .

وإن كان بناءه غير مائل، ثم مال بمرور الزمان، ثم سقط على إنسان فقتله، أو سقط على مال فأتلفه، هل يضمن صاحب الحائط؟ فهذا على وجهين: إن سقط قبل التقدم إليه بالنقض، فإنه لا ضمان على صاحب الحائط في قول علماءنا، وأما إذا سقط بعد ما تقدم إليه بالنقض، وتمكن من النقص بعد ذلك ولم ينقض، فالقياس أن لا يضمن، وفي الاستحسان: يضمن .

وجه القياس أنه لا جنابة من صاحب الحائط لا مباشرة ولا تسبباً، أما مباشرة فلأن فعله لم يتصل بالمتلف، ولهذا لا يجب في الحائط المائل بعد التقدم إليه كفارة، ولا يحرم عن الميراث، وأما تسبباً فلأن حد التسبب أن يتصل أثر فعل هو تعدد بالمتلف كما في حفر البئر، والمتصل بالمتلف هنا أثر فعل هو مباح لا أثر فعل هو تعدد؛ لأنه أثر فعل حصل في ملكه، وفعل الإنسان في ملكه مباح، فهو معنى قولنا: إنه ليس بجانٍ لا مباشرة ولا تسبباً .

وجه الاستحسان: في ذلك أن القياس ذلك، لكن تركنا القياس بالأثر أو بالإجماع، أما الأثر فلما روى عن عامر الشعبي وشريح وإبراهيم النخعي رضوان الله عليهم وغيرهم من التابعين: أنهم أوجبوا الضمان على صاحب الحائط المائل متى سقط بعد ما تقدم إليه بالنقض، والمروى عن هؤلاء وهو أنه لا يعرف قياساً كالمرور عن رسول الله ﷺ، فكأنهم رَوَوْا ذلك عن النبي ﷺ، والقياس يترك بالأثر، وهو معنى قول محمد رحمه الله في "الأصل": إنا إنما ضمنا الحائط بعد ما تقدم إليه بالأثر، قالوا: أراد بالأثر قول عامر وغيرهم من التابعين .

أو نقول: تركنا القياس بالإجماع، وذلك لأنه روى هذا القول عن هؤلاء، ولم يرو عن أقرانهم نكير مع استشهاد الفتوى منهم بإيجاب الضمان على صاحب الحائط المائل، وإجماع كل عصر حجة يترك بها القياس، ويخص بها الأثر، فكأنهم إنما تركوا القياس، واستحسنوا في إيجاب الضمان على صاحب الحائط المائل، وإن لم يوجد منه مباشرة ولا تسبب ضرورية إحياء حق المسلمين في المرور؛ لأن صاحب الحائط متى لم يخف لحوق الغرم بعد ما تقدم إليه بالنقض ولا ينقض، ومتى لم ينقض يبطل حق الناس

فى المرور أصلاً عسى خوفاً على أنفسهم وأموالهم، فهذه الضرورة تركوا القياس، فأوجبوا الضمان على صاحبه كما قبلوا شهادة النساء على الانفراد فيما لم يطلع عليه الرجال ضرورة إحياء حقوق الناس، كذا هنا، وليس كما لو سقط قبل التقدم، فإنه لا يضمن؛ لأن القياس أن لا يضمن ما أصاب بعد التقدم من الوجه الذى بينا إلا أنا تركنا القياس بالأثر أو بالإجماع من الوجه الذى بينا، وما ثبت بخلاف القياس لا يقاس عليه غيره، والأثر الوارد بإيجاب الضمان بعد التقدم، وقد صار صاحب الحائط متعدياً بترك النقض؛ لأنه ترك رد ما حصل فى يده من الهواء بعد ما طلب صاحب الحق مع إمكان الرد، وإنه تعدد كما فى مسألة الثوب إذا هبت به الريح، وألقته فى حجر إنسان لا يكون وارداً دلالة قبل التقدم، ولم يوجد منه تعدد بوجه ما؛ لأن بترك رد ما حصل فى يده قبل الطلب مع الإمكان لا يثبت التعدى، فيرد ما قبل التقدم إلى ما يقتضيه القياس.

أو نقول: إنما تركنا القياس لنوع جنائية وتعدّد وجد من صاحب الحائط؛ لما مال صار ملكه شاغلا هواء غيره، فإذا طلب منه تفريغ الهواء وهو قادر على التفريغ؛ لأن الحائط ملكه، ولكل إنسان ولاية على ملكه صار بترك التفريغ بعد ما وجد الطلب من المستحق متعدياً، فصار السقوط بعلة التقصير مضافاً إليه كأنه هو الذى أسقطه.

ويشترط لصحة التقدم والطلب أن يكون التقدم إلى من له ولاية التفريغ؛ لأن الفعل إنما يطلب من القادر لا من العاجز، حتى لو تقدم إلى من سكن الدار بإجارة، أو إعاره، فلم ينقض الحائط، حتى سقط على إنسان لا ضمان على أحد، أما على السكان فلأن التقدم إليهم لم يصح، وأما على المالك فلأنه لم يتقدم إليه، وكذلك يشترط أن يكون التقدم والطلب من صاحب الحق، والحق فى طريق العامة للعامة، فيكتفى بطلب واحد من العامة، وفى السكة الخاصة الحق لأصحاب السكة، فيكتفى بطلب واحد منهم أيضاً، وفى الدار يشترط طلب المالك أو الساكن، وبعد صحة التقدم والطلب يشترط لوجوب الضمان دوام القدرة على التفريغ إلى وقت السقوط؛ لأن الجنائية إنما تتحقق بترك التفريغ عند اتصال التلف بالسقوط، فيشترط دوام القدرة على التفريغ إلى وقت اتصال التلف بالسقوط ليصير بترك التفريغ مع القدرة عليه عند اتصال التلف به جانياً، والتقدم إلى صاحب الحائط فى الحائط تقدم فى نقضه، حتى لو سقط الحائط بعد التقدم، وعثر إنسان بنقضه فمات، فديته على صاحب الحائط، وهو قول

محمد رحمه الله .

وروى أصحاب الأموال عن أبي يوسف رحمه الله : أنه لا ضمان على صاحب الحائض ، والصحيح قول محمد رحمه الله ؛ لأن شغل الطريق بنقض الحائض صار مضافاً إلى تقصيره في التفريغ ، فكأنه ألقاه على الطريق ، ولأن التقدم على الحائض كما يراد به أن لا يسقط على إنسان ، فيقتله يراد به أن لا يقع على الطريق ، فيشغله ويصير سبب التلف ، فصار التقدم على الحائض تقدماً على نقضه من هذا الوجه .

١٩٣٩٢- قال في "المنتقى" : رجل ادعى داراً في يدي رجل ، وفيها حائض مائل يخاف سقوطه من الذي يتقدم إليه فيه ، ويشهد عليه به حتى يعدل بينة المدعى ، قال : يؤخذ الذي في يده الدار بنقضه ، ويشهد عليه بميله^(١) ، وهي بمنزلة دار لم يدع ، وما لم يترك البينة ، فإن نقضه الذي في يديه ، ثم زكيت البينة ضمن الذي نقضه قيمة الحائض .

١٩٣٩٣- قال في "الجامع" : رجل أشهد عليه في حائض مائل له ، فذهب يطلب من يهدمه ، وكان في ذلك حتى سقط الحائض لا يضمن شيئاً ؛ لأن صاحب الحائض المائل إنما يصير جانباً بترك التفريغ بعد الطلب مع التمكن منه ، وربما لا يتمكن من ذلك بنفسه لجهله ، أو لعدم الآلة ، فيحتاج إلى طلب الآخر لذلك ، والطلب لا بد له من مدة ، فصار مدة تتمكن إحضار الآخر مستثنى في الشرع .

١٩٣٩٤- وفيه أيضاً : رجل أشهد عليه في حائض مائل إلى دار رجل ، فسأل صاحب الحائض من القاضى أن يؤجله يومين أو ثلاثة أيام ، وما أشبه ذلك ، ففعل القاضى ذلك ، ثم سقط الحائض ، وأتلف شيئاً كان الضمان واجباً على صاحب الحائض ؛ لأن التأجيل لم يصح ؛ لأن الحق لصاحب الدار لا للقاضى ، فصار وجود هذا التأجيل والعدم بمنزلة ، ولو وجد التأجيل من صاحب الدار ، فوقع الحائض في مدة التأجيل ، وأفسد شيئاً ، لا يجب الضمان ؛ لأن التأجيل قد صح لصدوره عن صاحب الحق ، فلا يصير صاحب الحائض بترك التفريغ جانباً ، ولو سقط الحائض بعد مضي مدة الأجل كان ضامناً ؛ لأن الإشهاد قد سبق والتأجيل قد زال .

١٩٣٩٥- وفيه أيضاً : رجل أشهد عليه في حائض مائل إلى الطريق الأعظم ،

(١) هكذا في ظ ، وكان في غيرها "بمثله" .

وطلب صاحب الحائط من القاضى أن يؤجله يوماً، أو يومين، أو ثلاثة، ففعل القاضى ذلك، ثم سقط الحائط المائل، فأتلف شيئاً كان الضمان واجباً؛ لأن الحق لعامة المسلمين، وتصرف القاضى فيما هو حق عامة المسلمين، إنما ينفذ فيما فيه منفعة، لا فيما لهم فيه مضرة، وفى هذا التأجيل ضرر لعامة المسلمين، فلم يصح هذا التأجيل والتحق بالعدم.

وكذلك فى هذه المسألة لو لم يؤخره القاضى، ولكن أخره الذى أشهد عليه لا يصح فى حق غيره، فهذا ظاهر، ولا فى حق نفسه وإن كان له فى المرور فى الطريق شركة إلا أن هذه شركة عامة لا عبرة لها فى نفاذ التصرفات كشركة واحد من المسلمين فى مال بيت المال، وإذا لم يصح هذا التأخير التحق بالعدم.

وإنما صح طلب التفريغ من الواحد لا باعتبار حقه فيه، ولكن باعتبار أن الواحد يقوم مقام عامة المسلمين فيما لهم فيه منفعة، ولهم فى طلب التفريغ منفعة، أما لا منفعة لهم فى التأخير، بل لهم فيه مضرة، فلا يقوم مقامهم فيه، فلو صح التأخير صح باعتبار حقه، ولا يجوز أن يصح باعتبار حقه على ما مر.

١٩٣٩٦- قال محمد فى "كتاب الزيادات": مكاتب له حائط مائل إلى الطريق الأعظم، فالإشهاد وطلب التفريغ على المكاتب لأن الإشهاد وطلب التفريغ على من له ولاية التفريغ، وولاية التفريغ للمكاتب؛ لأن التصرف فى كسبه له، فإذا أشهد عليه ثم سقط على إنسان فقتله، فإن سقط قبل تمكنه من نقصة فلا ضمان عليه لعدم التقصير فى التفريغ، فإن سقط بعد تمكنه من التفريغ، فالقياس أن لا يضمن المكاتب شيئاً لما قلنا: إنه لا جناية منه ولا تعدياً.

وفى الاستحسان: يضمن الأقل من قيمته ومن دية المقتول؛ لأنه صار متعدداً جانياً بالتفريط بعد الطلب، وموجب جناية المكاتب الأقل من قيمته ومن دية المقتول، عرف ذلك فى موضعه، وإن لم يسقط الحائط حتى أدى المكاتب بدل الكتابة وعتق، ثم سقط على إنسان فقتله، وجبت دية المقتول على عاقلة المكاتب، وعاقلته عاقلة مولاه على ما عرف فى موضعه، وإنما وجبت الدية؛ لأن الجناية فى هذا الباب إنما تحقق بتركه التفريغ عند اتصال الطلب به بالسقوط، وكانت العبرة لحال السقوط، وحال السقوط هو

حر ، وجناية الحر توجب الدية على العاقلة .

وهذا بخلاف ما لو أشرع المكاتب كنيفاً أو جناحاً من حائط إلى طريق المسلمين ، ثم أدى وعتق ، ثم وقع ذلك على إنسان فقتله ، كان على المكاتب الأقل من دية المقتول ، ومن قيمته يوم الإشرع ؛ لأن إشرع الكنيف والجناح في نفسه جنائية ؛ لأنه شغل به هواء طريق المسلمين ، ولو شغل شيئاً من طريق المسلمين بشيء وضعه فيه كان جانياً بنفس الوضع ، فههنا كذلك .

وإذا صار جانياً بنفس الإشرع ووقت الإشرع هو مكاتب ، فقد وجدت الجنائية منه وهو مكاتب ، فيكون موجب جنايته موجب جنائية المكاتب ، وصار كما لو حفر المكاتب بئراً على قارعة الطريق ، ثم أدى وعتق ، ثم جاء إنسان ، ووقع فيها ومات ، يجب على المكاتب الأقل من دية المقتول ومن قيمته يوم الحفر ، وطريقه ما قلنا ، بخلاف الحائط ؛ لأن بناء الحائط ليس بجنائية ، والميلان ليس من صنعه ؛ ليعتبر جانياً من وقت البناء أو من وقت الميلان ، وإنما الجنائية بترك التفريغ عند اتصال التلف به بالسقوط ، وهو في تلك الحالة حر ، فكان موجب جنايته موجب جنائية الحر .

قال في الكتاب : ألا ترى لو أن رجلاً أمه مولاة عتاقة لرجل وأبوه عبد أشهد عليه في حائط مائل ، فلم ينقضه حتى عتق الأب^(١) ، ثم سقط الحائط وقتل إنساناً فدمه على عاقلة الأب ، ولو سقط قبل عتق الأب فالدية على عاقلة الأم ؛ لما ذكرنا أن الجنائية في هذا الباب إنما تتحقق وقت السقوط ، ووقت السقوط في الفصل الأول ولقاء لمولى الأب ، وفي الفصل الثاني لمولى الأم ، وهذا لأن الولاء كالنسب ، والنسب يثبت من قبل الأم إذا لم يمكن إثباته من قبل الأب ، فإذا أمكن إثباته من قبل الأب يثبت من قبل الأب وبمثله ، لو أشرع كنيفاً ، ثم عتق أبوه ، ووقع الكنيف على إنسان وقتله ، فالدية على عاقلة الأم ؛ لما ذكرنا أن إشرع الكنيف نفسه جنائية ، وعند ذلك عاقلته مولى الأم ، فبهذا تبين لك الفرق بينهما أيضاً .

١٩٣٩٧ - ولو أن المكاتب عجز عن أداء بدل الكتابة فرد في الرق ثم سقط الحائط على إنسان فقتله كان دمه هدرًا حتى لا يجب الضمان فيه على أحد ، أما على المكاتب

(١) هكذا في ظوف وم ، وكام في الأصل "العبد" مكان "الأب" .

فلما ذكرنا أن الجنابة في هذا الباب إنما تتحقق بترك التفريغ عند اتصال التلف به ، فيشترط دوام القدرة على التفريغ إلى وقت اتصال التلف ، ولم يوجد ؛ لأن أكسابه انتقلت إلى المولى بالعجز ، وأما على المولى فلأن الإشهاد عليه لم يوجد ، وهذا بخلاف ما لو أشرع المكاتب كنيفاً أو جناحاً إلى الطريق ، ثم عجز عن أداء بدل الكتابة ، ورد في الرق ثم سقط الكنيف على إنسان وقتله حيث يخير المولى بين الدفع والفداء ؛ لأن إشرع الكنيف نفسه جنابة ، فصار المكاتب جانياً من وقت الإشرع ، والموجب الأصلي في جنابة المماليك الدفع والفداء ، لكن امتنع الدفع هنا بسبب الكتابة ، وبالعجز والرد في الرق إن انتقضت الكتابة يصير إلى الموجب الأصلي وهو ^(١) الدفع والفداء ، وصار كما لو حفر المكاتب بئراً على قارعة الطريق ، ثم عجز ، ورد في الرق ، ثم وقع فيها إنسان ومات ، فإنه يخير المولى بين الدفع والفداء ، وطريقه ما قلنا .

١٩٣٩٨- رجل أشهد عليه في حائط مائل ، فسقط على الطريق ، وعثر رجل بنقض الحائط ، ومات فديته على عاقلة صاحب الحائط ، وهذا قول محمد رحمه الله قد ذكرنا : أن الإشهاد على الحائط ^(٢) إشهاد على نقضه عند محمد رحمه الله ، ولو سقط الحائط على رجل وقتله ، أو عثر رجل بنقض الحائط ومات ، ثم عثر رجل آخر بالقتيل ، فلا ضمان فيه على عاقلة صاحب الحائط .

والفرق أن الإشهاد على الحائط إشهاد على نقضه على ما ذكرنا ، فهو مطالب بتفريغ عرصة الطريق عن النقض ، وهو قادر على التفريغ ؛ لأن النقض ملكه ، فإذا لم يفرغ مع تمكنه صار بمنزلة الوضع باختياره ، فكان مؤاخذاً به ، أما الإشهاد على الحائط فليس بإشهاد على القتل ؛ لأن رفع القتل ليس إلى صاحب الحائط إنما ذلك إلى أولياء القتل ، فلا يكون صاحب الحائط مطالباً بتفريغ عرصة الطريق عن القتل ، فلا يكون الإشهاد على الحائط إشهاداً على القتل ، فصار في حق القتل كأن الإشهاد لم يوجد

(١) هكذا في ظوف وم ، وكان في الأصل " وهذا مكان " وهو " .

(٢) وفي م " إن الإشهاد على الحائط في " شرح الطحاوي " : ولو أشهد على الحائط فسقط فيعقل بنقضه ، فإنه يضمن في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ، وقال أبو يوسف : ما تلف بالنقض لا يضمن إلا إذا أشهد على النقض ؛ لأن الإشهاد على الحائط لا يكون إشهاداً على النقض ، ولو سقط الحائط . . . إلخ .

أصلاً .

ولو كان مكان الحائط جناح أخرجه إلى الطريق ، فوقع على الطريق ، فعثر إنسان بنقضه ومات ، وعثر رجل بالقتيل ومات أيضاً ، فدية القتيلين جميعاً على صاحب الجنابة ، فرق بين الجناح وبين الحائط المائل في حق القتل الثاني ، والفرق ما ذكرنا أن إشراع الجناح نفسه جنابة ، والإشراع فعله ، فصار كأنه ألقاه بيده عليه ، فكان حصول القتل في الطريق مضافاً إلى فعله لحصول نقض الجناح في الطريق .

ومن ألقى شيئاً في الطريق ، كان ضامناً لما عطب به ، وإن لم يملك تفريغ الطريق عنه ، فهنا كذلك ، بخلاف مسألة الحائط ؛ لأن نفس البناء ليس بجنابة ، وبعد ذلك لم يوجد منه فعل يصير به جانبياً ، لكن جعل كالفاعل بترك النقض في الطريق مع القدرة على التفريغ ، والترك مع القدرة وجد في حق النقض ، لا في حق القتل ، فإنما يجعل فاعلاً في حق القتل الأول ، لا في حق القتل الثاني ، ففي حق القتل الثاني ، لا فعل منه أصلاً ، وبدون الفعل ، لا يصير جانبياً .

١٩٣٩٩ - حائط مائل لرجل أشهد عليه في الحائط ، ثم إن صاحب الحائط وضع جرة لغيره على الحائط ، فسقط الحائط ، فرمى بالجرة ، وأصاب إنساناً فقتله ، فدية المقتول على صاحب الحائط ؛ لأن سقوط الحائط بعد الإشهاد مضاف إلى صاحب الحائط ، فالرمي بالجرة يكون مضافاً إليه أيضاً .

ولو عثر بالجرة ، أو بنقضها أحد ، فلا ضمان على أحد ، أما على صاحب الجرة فلأن الإشهاد عليه لم يوجد ، وأما على صاحب الحائط فلأن الإشهاد على الحائط لا يكون إشهاداً على الجرة إذا لم تكن الجرة مملوكة له لعدم قدرته على دفع الجرة حتى لو كانت الجرة مملوكة لصاحب الحائط كان ضمان من عثر بالجرة عليه ، وجعل الإشهاد على الحائط إشهاداً على الجرة لقدرته على رفعها وتفريغ الطريق عنها ، كما جعل الإشهاد على الحائط إشهاداً على نقضه .

١٩٤٠٠ - رجل صحيح أشهد عليه في حائط مائل له ، ثم جن جنوناً مطبقاً ، أو ارتد - والعياذ بالله - ولحق بدار الحرب وقضى القاضى بلحقه ، ثم أفاق المجنون ، ورجع المرتد إلى دار الإسلام مسلماً ، وردت عليه الدار ، ثم سقط الحائط على إنسان

وقتلته، فلا ضمان على المشهود عليه؛ لأن حكم ذلك الإشهاد قد بطل لفوات ولايته وقدرته على نقض الحائط بهدمه بالجنون والارتداد مع اللقوق، وحكم الإشهاد متى بطل لا يعود إلا باستئناف جديد وصار كما لو باع الدار بعد الإشهاد عليه في الحائط، ثم رد المشتري الدار عليه بخيار رؤية أو بخيار شرط أو بعيب بقضاء القاضى، ثم سقط الحائط على إنسان وقتله، فإنه لا ضمان عليه، وإنما لم يكن عليه الضمان؛ لأن حكم ذلك الإشهاد قد بطل لفوات قدرته على نقض الحائط بالبيع، فلا يعود إلا باستئناف جديد بعد ما عادت الدار، كذا ههنا.

١٩٤٠١- وإذا تقدم الرجل إلى رجل في حائط له مائل، فلم ينقضه حتى باع الدار التي فيها ذلك الحائط، فقد خرج من الضمان، وبرئ منه، وذلك لأنه بعد البيع صار بحال لا يملك نقض الحائط، فيبطل التقدم، والمشتري وإن كان يملك نقض الحائط بعد الشراء إلا أنه لم يتقدم إليه حتى إنه لو تقدم إلى المشتري فسلم ينقض حتى سقط، فأتلف شيئاً، فإن المشتري يضمن، بخلاف ما إذا أشرع جناحاً في طريق المسلمين من داره، ثم باع الدار، ثم أصاب الجناح إنساناً، فقتله حيث يجب الضمان على البائع.

والفرق ما ذكرنا أن إشراع الجناح نفسه جنابة، والبيع لم يبطل جنابته؛ لأن جنابته من حيث إنه شغل هواء طريق المسلمين، والشغل^(١) لم يبطل البيع، فلم تبطل الجنابة، فبقى مؤاخذاً بها، أما بناء الحائط نفسه ليس بجنابة والميلان ليس صنعه ليقال: لم تبطل البناء والميلان، فلم تبطل الجنابة، وإنما الجنابة ترك التفريغ عند اتصال التلف به بالسقوط مع إمكان التفريغ، وبالبائع زال الإمكان، فارتفعت الجنابة، فلهذا افرقا. فإذا كانت الدار رهناً عند رجل فتقدم إلى المرتهن في حائط مائل، فلا ضمان على المرتهن؛ لأنه لم يصح التقدم إلى المرتهن؛ لأن المرتهن لا يملك نقض الحائط، فيكون التقدم إليه، وهو لا يملك نقض الحائط والتقدم إلى الأجنبي سواء، ولو تقدم إلى أجنبي بالنقض لم يصح، ولا ضمان على الراهن؛ لأنه لم يتقدم إليه، ولا إلى نائبه، والمرتهن ليس بنائب عنه، وإن تقدم إلى رب الدار وهو الراهن، صح التقدم حتى يضمن إذا سقط؛ لأن الراهن قادر على نقض الحائط بأن يقضى الدين، وينقض الحائط، فصح التقدم إليه كما يصح

(١) وفي م "والشغل به".

التقدم إليه قبل الرهن .

فإن قيل : أ رأيت إذا كان الراهن مفلساً ، لا يقدر على قضاء الدين .

قلنا : يبيع الدار ، ويقضى الدين من ثمنها حتى ينقض المشتري ، فهو مالك للنقض بهذا الطريق .

فإن قيل : أ رأيت إذا كان لا يجد^(١) من يشتري ؟

قالوا : سئل الخصاصف عن هذه المسألة بعينها ، فقال : لا يصح التقدم إلى الراهن ، وهكذا حكى عن الفقيه أبى بكر الرازى ؛ لأن الراهن لا يقدر^(٢) على نقض الحائط إذا كانت الحالة هذه ، فيكون التقدم إليه والتقدم إلى الأجنبي سواء .

ويجوز أن يقال : بأنه يصح التقدم أيضاً ، وذلك لأنه يقدر أن يرفع الأمر إلى القاضى حتى يأمر القاضى المرتهن ، حتى يمكنه من النقض إن كان المرتهن حاضراً ، وإن كان غائباً يأذن له بالنقض ، وإذا ترك ذلك ، وقد أمكنه النقض بهذا الطريق يكون متعدياً ، وكان كأحد الشركاء فى الحائط المائل إذا تقدم إليه بالنقض ، فلم ينقض حتى سقط الحائط على شىء وأتلفه ، فإنه يضمن الشريك الذى تقدم إليه حصته استحساناً ، وإن كان لا يقدر أن ينقض حصة نفسه من الحائط بدون الشركاء ؛ لأنه كان يقدر بهذا الطريق بأن يرفع^(٣) الأمر إلى القاضى حتى يأمر الشركاء ، فينقضوا الحائط معه إن كانوا حضوراً ، وإن كانوا غيباً يأذن له الحاكم بالنقض ، كذا ههنا .

١٩٤٠٢ - وإذا تقدم إلى وصى اليتيم فى نقض حائط اليتيم ، فما أصاب الحائط ، فاليتيم له ضامن ، وذلك لأن التقدم إلى وصى اليتيم فى حائط اليتيم وهو خصم فى أملاك اليتيم من جهة اليتيم حتى لو ادعى إنسان فيه حقاً انتصب خصماً له بمنزلة التقدم إلى اليتيم لو كان بالغاً ، ولو تقدم إليه بالنقض بعد البلوغ ، فلم ينقض فما أصاب الحائط يكون ضامناً ، فكذلك هنا ، ولا ضمان على الوصى سواء فرط فى النقض ، أو لم يفرط فى النقض ، إن لم يفرط فى النقض ، فلا إشكال ، وإن فرط فكذلك .

(١) وكان فى ظ " لا يحدث " .

(٢) هكذا فى ظ وف وم ، وكان فى الأصل " لا يقدم " .

(٣) هكذا فى الأصل وظ ، وكان فى ف وم " يرفع " .

وكان يجب أن يكون الضمان على الوصى فى هذه الصورة ؛ لأنه لما فرط فى النقض مع الإمكان ، فقد قصد إلحاق الضرر بالصغير ، وهو لا يملك إلحاق الضرر بالصغير ، فما وجب من الضمان بعد تفريطه فى النقض يجب أن يكون فى مال الوصى لا فى مال اليتيم ، إلا أن الجواب عنه أن فى تفريطه النقض نوع مضرّة للصغير ، أو نوع مصلحة للصغير ، نوع مضرّة من حيث إنه ربما يسقط الحائط على شىء ، فيجب ضمان ذلك فى مال اليتيم ، فيتضرّر به اليتيم أكثر مما يتضرر به لو نقضه وبناءه ، نوع مصلحة لأنه متى نقض احتاج إلى أن يبنى ثانياً ، ومتى بنى ثانياً ، يلحق الصبى فى إصلاح ذلك مؤنة عظيمة ، ففى التفريط نوع مصلحة لليتيم^(١) ، ونوع مضرّة إلا أن جانب المصلحة راجع على جانب المضرّة ؛ لأن ما يلزمه من المؤنة فى نقض الحائط ، وبناءه ثانياً ضرر متيقن ، وما يلحق الصبى من الضمان بسقوط الحائط موهوم ، فقد يسقط على شىء ، وقد لا يسقط ، فترجح جانب المصلحة فى تفريط النقض على المضرّة ، وصارت العبرة للمصلحة ، وهذا كما قالوا : فى الوصى إذا باع دار اليتيم ، ثم إن المشتري بنى فيها بناء عظيمًا ، ثم جاء مستحق ، واستحق الدار ، رجع المشتري على الوصى بالثمن وبقيمة البناء ، ويكون ذلك فى مال اليتيم ، وكذا لو باع جارية لليتيم ، فاستولدها المشتري ، وحدث له منها أولاد ، ثم جاء مستحق ، فاستحق الجارية رجع المشتري بالثمن ، وبما يضمن من قيمة الأولاد على الوصى ، فيؤدى الوصى جميع ذلك من مال اليتيم ، وهذا الضرر إنما لحق الصبى من جهة الوصى لو لا بيعه لكان لا يجب فى مال اليتيم قيمة البناء والأولاد ، وذلك لأن فى بيع دار اليتيم وجاريتها ، إن كان على اليتيم ضرر موهوم حالة الاستحقاق أكثر مما يحصل له من المنفعة ، ففيه مصلحة ؛ لما فيه من تحصيل الثمن له ، وجانب المصلحة راجع ؛ لأن منفعة البيع بتحصيل الثمن متيقن ، وما يلحق اليتيم من قيمة البناء والأولاد بسبب بيعه موهوم قد يستحق ، وقد لا يستحق ، فيترجح جانب المصلحة على المضرّة ، كذا هنا .

وصار الجواب فى الوصى نظير الجواب فى الأب إذا أشهد على حائط صغير له ، وإن لم يسقط الحائط حتى بلغ الصبى ، ثم سقط ، وقتل إنساناً كان دمه هدرًا ؛ لأن التقدم

(١) وكان فى الأصل فقط "للصغير" .

عليهما ليس بتقديم على الصغير حقيقة، ولكن جعل كالترقدم على الصغير لقيام ولايتهما عليه، فما دامت ولايتهما باقية عليه، يبقى حكم ذلك التقدم فى حقه، وبالبلوغ زال ولايتهما عنه، فبطل حكم ذلك التقدم فى حقه، وصار فى حق الصغير كأن التقدم لم يوجد أصلاً.

وكذلك لو مات الأب أو الوصى والغلام صغير، ثم وقع الحائط على إنسان وقتله كان دمه هدرًا؛ لأن بالموت بطلب ولايتهما، فكان موتهما بمنزلة بلوغ الصبى، وإن تقدم على الصبى بعد البلوغ تقدمًا مستقلًا، ثم سقط الحائط على إنسان، فقتله فديته على عاقلة الصبى؛ لأن حكم ذلك التقدم قد ارتفع، وصار كأنه لم يوجد حتى بلغ الصبى، وأشهد عليه، هناك كان الجواب كما قلنا، فهنا كذلك.

وروى بشر عن أبى يوسف رحمه الله: فى رجل أخرج من دار ولده الصغير جناحًا، أو كنيفًا، أو فعل ذلك وكيل لرجل فى داره، فتولد منه تلف، فالضمان على الصبى والموكل لقيام فعلهما مقام فعل الصبى والموكل، فصار الصبى والموكل جانيين.

١٩٤٠٣ - وفى "المنتقى": حائط مائل فى دار العبد مأذون مديون، فالترقدم فى ذلك إلى العبد؛ لأنه ليس للمولى ولاية الهدم إذا كان العبد مديونًا، فإن تقدم إلى العبد، فلم يهدم حتى وقع على إنسان، فالدية على عاقلة المولى.

١٩٤٠٤ - وإذا تقدم فى الحائط إلى بعض الورثة دون البعض، ثم سقط الحائط، فالقياس أن لا يضمن الشريك الذى تقدم إليه بالنقض شيئًا، وفى الاستحسان يضمن حصة نفسه، وي طرح عنه حصة شركاءه.

وجه القياس فى ذلك: وهو أن الحائط المائل إنما يصير سبب ضمان إذا صح التتردم، والتردم إلى الشريك الحاضر لم يصح فى نصيبه؛ لأن التتردم إنما يصح إلى من يملك نقض الحائط، والشريك الحاضر لم يملك نقض نصيبه من الحائط إلا بعد القسمة، وإذا لم يملك نقض نصيبه لم يصح التتردم إليه، كما لا يصح إلى الأجنبى، وإذا لم يصح التتردم إليه صار وجود هذا التتردم وعدمه بمنزلة.

ووجه الاستحسان فى ذلك: أن التتردم قد صح؛ لأن الشريك الذى تقدم إليه بالنقض قادر على نقض الحائط فى نصيبه من حيث الاعتبار، ولو كان قادرًا على نقض

الحائط فى نصيبه من حيث الحقيقة كان التقدم إليه صحيحاً، فكذا إذا كان قادراً على النقص من حيث الاعتبار، وإنما قلنا: إنه قادر على نقص نصيبه من حيث الاعتبار؛ لأنه يقدر على أن يرفع الأمر إلى القاضى، فيقول للقاضى: بينى وبين فلان وفلان حائط مشترك وقد وهى، وقد مال إلى الطريق، وقد تقدم إلى بالنقص، فإما أن تأمر شركاءى حتى تنقض إذا كانوا حضوراً، وإن كانوا غيباً، فأذن لى بالنقض، فإذا كان قادراً على نقص نصيبه بهذا الطريق صح التقدم إليه فى نصيبه، وإذا صح التقدم فى نصيب الحاضر، إذا سقط الحائط بعد ذلك، وأصاب شيئاً، فإنه يضمن الشريك المتقدم إليه بقدر نصيبه من الحائط، ويهدر^(١) حصة شركاءه؛ لأنه لم يتقدم إلى شركاءه، ولا إلى من كان نائباً عن شركاءه، وإنما تقدم إلى الحاضر، فيضمن بقدر حصته من الحائط.

١٩٤٠٥- وفى "المنتقى": رجل مات، وترك ابناً، وداراً وعليه من الدين ما يستغرق قيمتها، وفيها حائط مائل إلى الطريق، ولا وارث للميت غير هذا الابن، فالتقدم فى الحائط إليه، وإن كان لا يملكها، فإن وقع الحائط بعد التقدم إليه، كانت الدية على عاقلة الأب دون عاقلة الابن.

فإن كان الحائط المائل بين خمسة نفر أخماساً، وتقدم إلى أحدهم بالنقض، ثم سقط على إنسان وقتله، فإنه يضمن المتقدم إليه خمس الدية، ويجب على عاقلته، ويهدر أربعة أخماسه، وهى حصة شركاءه، وهذا قول أبى حنيفة رحمه الله، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: بأن الشريك الحاضر المتقدم إليه يضمن نصف الدية، ويجب ذلك على عاقلته، ويهدر النصف.

ذكر المسألة فى "الجامع الصغير" على هذا الوجه، وذكر هذه المسألة فى الأصل، ولم يذكر فيها خلافاً.

١٩٤٠٦- قال فى "الجامع الصغير" أيضاً: الدار إذا كانت بين ثلاثة نفر حفر أحدهم فى هذه الدار المشتركة بئراً، ووقع فيها إنسان ومات، قال: على عاقلة الحافر عند أبى حنيفة رحمه الله ثلثا دية المقتول، وعلى قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله: يجب على الحافر نصف الدية، وهذه المسألة مذكورة فى الأصل أيضاً من غير ذكر

(١) وكان فى ظ "يهدم".

خلاف ، والخلاف فى هاتين المسألتين من خصائص "الجامع الصغير" .

وجه قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله : وهو أن النفس فى مسألة الحائط تلف بجناية معتبرة ، وبأربع جنايات غير معتبرة ، وذلك لأن الجناية فى نصيب المتقدم إليه معتبرة ، وفى أنصباء شركاءه غير معتبرة ؛ لأنه لم يتقدم إليهم بالنقض ، والنفس متى تلف بخمس جنايات واحدة معتبرة وأربع غير معتبرة ، فإنه تعتبر الجنايات الأربع جناية واحدة ، ألا ترى أن من جرح رجلاً جراحة بغير إذنه ، ثم جرحه سبع ، ولسعته حية ، ولدغته عقرب ، وخرجت قرحة وجرحته ، ومات من ذلك كله كان على الجارح نصف الدية ، واعتبرت الجنايات الأربع لما كان الكل غير معتبر جناية واحدة ، وجعل كأن النفس تلف بجنايتين : إحداهما : معتبرة ، والأخرى : غير معتبرة ، حتى وجب على عاقلة الجارح نصف الدية وهدر النصف ، فكذا هذا .

وفى مسألة البئر النفس تلف بثلاث جنايات ، من واحد جنايتان من ذلك منه معتبرتان ، وهو الحفر فى نصيب صاحبيه ، فإنه معتبر ؛ لأنه حفر نصيبهما بغير إذنهما ، وفى نصيب الحافر غير معتبر ، فالنفس تلف ثلاث جنايات من واحد ، جناية منها غير معتبرة ، وجنايتان معتبرتان ، فتعتبر^(١) الجنايتان ، وإن كان معتبرة جناية واحدة إذا كان الجانى للكل واحداً كمن جرح رجلاً جراحة بإذنه وجراحتين بغير إذنه ، ومات من ذلك ، فإنه يعتبر الجراحتان اللتان حصلتا بغير إذنه جراحة واحدة حتى ضمن النصف ، وصار كأن النفس تلف من حيث الحكم بجنايتين لا غير : إحداهما : معتبرة ، والأخرى : غير معتبرة ، فكذلك هنا .

والدليل عليه ما قال فى كتاب العتاق : إذا أمر مولى العبد رجلاً أن يضرب عبده سوطاً ، فضربه ثلاثة أسواط ، ومات من ذلك ذكر أن الضارب يغرم ما نقصه السوطان ، ثم يغرم نصف قيمته مضروباً بثلاثة أسواط ؛ لأنه تلف العبد بثلاث جنايات حصلت من واحد ، إحداهما غير معتبرة ، وثنان من ذلك معتبرتان ، فجعل الثنتان جناية واحدة لما حصل الكل من واحد ، وجعل كأن العبد تلف بسوطتين : أحدهما : معتبر ، والآخر : غير معتبر حتى وجب الضمان نصفان ، فهنا يجب أن يكون كذلك .

(١) وفى م " فيجعل " .

ولأبى حنيفة رحمه الله أن المتلف في مسألة الحائط الثقيل المقدّر لا أصل الثقل، فإن أصل الثقل مما لا يوجب التلف بحال، فإن الثقل إذا كان شيئاً سيراً، ووقع على إنسان لا يوجب التلف بحال، وإذا لم يكن أصل الثقل متلفاً، وإنما المتلف ثقل مقدّر وجب أن تكون العبرة في قيمة الضمان في التلف الحاصل بالثقل المقدّر الثقيل قياساً على ما قالوا جميعاً فيمن استأجر دابة، أو استعار ليحمل عليها كراً من حنطة، فحمل عليها كراً ونصف كر من حنطة، فنفتت الدابة، فإنه يضمن المستأجر ثلث قيمة الدابة، ولم يجعل كأن الدابة تلف بجنايتين من واحد: إحداهما: معتبرة، والأخرى: غير معتبرة حتى يجب النصف، ويهدر النصف إنما لم يجعل كذلك؛ لأن المتلف ثقل مقدّر، فوجب قسمة الضمان على مقدار الثقل، فقلنا: الثلثان من ذلك كان بإذن، والثلث بغير إذن يضمن الثلث، وهدر الثلثان، فكذلك هنا، يجب أن يقسم على مقدار الثقل أخماساً، خمسة معتبرة وأربعة أخماسه غير معتبرة، فهدر أربعة أخماس النفس، ويعتبر الخمس.

وكذلك في مسألة الحفر المتلف عمق مقدّر لا أصل العمق، فإن أصل العمق مما لا يوجب التلف، فوجب قسمة الضمان على مقدار العمق، وثلث العمق كان غير معتبر، والثلثان اللذان حصل في نصيب شريكه معتبر، فوجب قسمة الضمان على ذلك، فيضمن الثلثين وي طرح عنه الثلث بخلاف ما أوردت من الجراحات، وذلك لأن المتلف أصل الجرح لا جرح مقدّر، فإن من غزر إنساناً بإبرة فمات ضمن، وهذا لأن الإنسان قد يسلم من جراحة كثيرة ولا يسلم من جراحة يسيرة، فسقط اعتبار المقدار في الجراحات، ووجب قيمة الضمان على عدد الجناية إذا كانت جناية الجاني مما يجوز أن يكون معتبرة في حكم من الأحكام، والضرب بمنزلة الجرح بخلاف ما نحن فيه، فإن المتلف ثقل مقدّر وعمق مقدّر لا أصل العمق والثقل، فيجب قسمة الضمان على مقدار الثقل وعلى مقدار العمق، وإذا وجبت قسمة الضمان على ذلك كان الجواب كما قال أبو حنيفة رحمه الله.

وذكر شيخ الإسلام^(١) الزاهد أبو عبد الله الحسين بن علي بن أحمد: قال في "شرح الجامع الصغير": إن هذا الخلاف في مسألة الحائط فيما إذا قتله الحائط جرحاً، لا

(١) وفي ف "الشيخ الإمام".

إذا قتله ثقلاً، وإنما يضمن خمس الدية بلا خلاف؛ لأنه مات من ثقل شيء خمس ملكه وأربعة أخماسه ملك غيره، فيضمن بقدر ملكه لا غير، وقاسه على ما إذا استأجر دابة ليحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة فحمل عليها أحد عشر مختوماً، فإنه يضمن جزء من أحد عشر جزءاً من قيمة الدابة؛ لأن حمل هذا القدر غير مأذون فيه، وما وراءه مأذون فيه، فيضمن ما ليس بمأذون فيه لا غير، كذا هنا.

وفى "المتقى": ما يؤيد هذا القول وصورة المذكور فى "المتقى" لو أن حائطاً مائلاً بين رجلين أثلاًتاً تقدم إلى صاحب الثلث فيه، ثم سقط على رجل وقتله جرحاً أو شدخاً^(١)، فعليه ثلث الدية عند أبى حنيفة رحمه الله.

قال محمد رحمه الله: وأما أنا فأقول: عليه نصف الدية، وإن مات من الثقل، فعليه ثلث الدية بلا خلاف.

قال ثمة: وهو بمنزلة حمار حمل عليها إنسان عشرة أفقزة، وحمل الآخر عليه خمسة أفقزة، وكل ذلك كان بغير إذن المولى، فمات الحمار من ذلك كله تجب القيمة أثلاًتاً.

قال ثمة: وهو بمنزلة رجل أخذ بنفس إنسان، وأخذ آخر بنفسه أيضاً، وأحدهما أشد من أخذ الآخر، فمات المأخوذ من ذلك، وهناك يجب الضمان نصفين، فكذا هنا، إذا وقع الحائط على حر، ولو وقع الحائط على عبد له، وقتله غماً، فإن قيمته عليهما أثلاًتاً كدابة حمل أحد هذين الرجلين عليه فقيز وحمل الآخر عليه فقيزين ومات من ذلك كانت القيمة عليهما أثلاًتاً، وإن جرحه الحائط، ومات العبد من الجراحة، فالجراحة عليهما أثلاًتاً، والنفس عليه نصفان، فإن جرحه الحائط، ومات من الغم، فالجراحة عليهما أثلاًتاً أيضاً.

ولو جرحه الحائط، ثم مات بعد ذلك من الغم والجراحة، فإن الجراحة عليهما أثلاًتاً، ونصف ما بقى من النفس، وهو حصة الغم بينهما أثلاًتاً أيضاً، والنصف الآخر وهو حصة الجراحة بينهما نصفان.

١٩٤٠٧- وروى الحسن بن زياد عن أبى حنيفة رحمه الله: فى حائط مائل

(١) شدخاً: الشجة.

لرجلين أشهد عليهما، وحائط مائل لرجل أشهد عليه، فسقطا على إنسان، فقتلاه فنصف الدية على الرجل الذى له الحائط، ونصف الدية على الرجلين اللذين لهما الحائط، سواء مات من الجراحة، أو غمّ، أو ثقل.

وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: إن مات من جرح جرحه الحائط، فالدية عليهم أثلاثاً، وإن مات من ثقلها، فالدية عليهما نصفان.

١٩٤٠٨- وإذا وضع الرجل على حائطه شيئاً، فوق ذلك الشيء، فأصاب إنساناً، فلا ضمان عليه، إذا وضعه لمولاه حتى لم يصير شيئاً من هذا الطريق مشغولاً به، وإن صار سبباً للإتلاف؛ لأنه غير متعدي في التسبب؛ لأنه وضعها في ملكه، وله أن يضع في ملكه ما شاء، والمسبب لا يضمن إذا لم يكن متعدياً، فأما إذا وضع عرضاً، حتى خرج طرف منه إلى الطريق إن سقط، فأصاب الطرف الخارج منه شيئاً، فإنه يضمن، وكان الجواب فيه كالجواب في إخراج المئزاب.

وكذلك لو كان الحائط مائلاً، وكان وضع الجذع عليه طويلاً حتى لم يخرج شيء منه إلى الطريق، ثم سقط ذلك الجذع على إنسان ومات، فإنه لا يضمن، هكذا ذكر في الكتاب، وأطلق الجواب إطلاقاً، من مشايخنا من قال: هذا إذا كان الحائط مال إلى الطريق ميلاً يسيراً غير فاحش، فأما إذا مال ميلاً فاحشاً، فإنه يضمن ذلك؛ لأن الميلان إذا كان غير فاحش، بحيث يوجد ذلك القدر وقت البناء يكون وجوده وعدمه بمنزلة؛ لأن الجدار قل ما يخلو عن قليل ميلان يكون له إلى الطريق.

فأما إذا كان ميلاناً فاحشاً بحيث يخلو عنه البناء في الأصل، فإنه يضمن إذا سقط ذلك على إنسان، وإن لم يتقدم إليه بالرفع؛ لأنه متى وضع الجذع طويلاً على الحائط المائل صار شاغلاً بعض هواء الطريق، لكن بواسطة الحائط المائل، فيعتبر بما لو شغل الهواء بغير واسطة، ولو شغل هواء الطريق بغير واسطة، بأن كان أخرج الجذع من الحائط، فسقط الجذع، فأصاب إنساناً ضمن، فكذلك هذا.

ومنهم من قال: الجواب كما أطلقه محمد رحمه الله لا يضمن في الحالين، وذلك لأنه وإن صار شاغلاً للهواء^(١) بواسطة ميلان الحائط إلا أن الميلان قبل التقدم ساقط

(١) وفي ظ "بهؤلاء".

الاعتبار حكماً بدليل أنه لو سقط الحائط قبل التقدم، وأصاب إنساناً، فإن صاحب الحائط لا يضمن، وإذا صار ميلان الحائط ساقط الاعتبار حكماً قبل التقدم، صار كأنه وضع الجذع على حائط غير مائل، أو على حائط مائل ميلاً يسيراً، ولو كان كذلك إذا سقط الجذع، فأصاب إنساناً، لا يضمن؛ لأنه وضعه في ملكه، كذا هنا حتى لو كان الوضع بعد ما تقدم في الحائط، ثم سقط الجذع، وأصاب إنساناً، نقول: بأنه يضمن؛ لأنه صار الميلان معتبراً حكماً بعد التقدم، فصار شاغلاً هواء الطريق بواسطة الحائط، فيضمن متى وقع الجذع بعد ذلك على إنسان.

١٩٤٠٩ - وفي "المنتقى": قال محمد رحمه الله: حائط مائل تقدم إلى صاحبه فيه، فلم يهدمه حتى ألغته الريح، فهو ضامن؛ لأنه إنما يخاف على الحائط المائل أن يقع من الريح، وغير ذلك، قال: وليس هذا كحجر وضعه إنسان على الطريق، وقلبته الريح من موضعه إلى موضع آخر، فعثر به إنسان، فإنه لا يضمن.

١٩٤١٠ - وإذا تقدم إلى الرجل في حائط في دار في يديه، فلم يهدمه حتى سقط على رجل فقتله، فأنكرت العاقلة أن تكون الدار له، فلا ضمان على العاقلة ما لم تقم البينة أن الدار الذي في يديه ملكه.

وقال زفر رحمه الله: يجب الضمان على العاقلة، وقد ذهب في ذلك إلى أن الدار في يده، والقول قول الإنسان فيما في يده أنه ملكه، وإذا ثبت أن الدار ملكه بقوله صار الثابت بقوله كالثابت بالبينة.

وعلماءنا الثلاثة ذهبوا في ذلك إلى أن القول قول ذي اليد أن ما في يده ملكه فيما يرجع إلى الدفع بأن جاء إنسان، وادعى أنه له، كان القول قول ذي اليد أنه ملكه، فأما فيما يرجع إلى الاستحقاق على الغير، فإنه لا يجعل القول قوله: إن الملك فيما في يده له، ولهذا قلنا: إنه لو أراد أن يستحق الشفعة على المشتري بالملك الثابت له بظاهر اليد لا يقدر عليه حتى يقيم البينة أن الدار ملكه، وهذا لأن الملك بظاهر اليد ثابت بظاهر الحال، والثابت من حيث الظاهر يصلح للدفع، ولا يصلح للاستحقاق على الغير، فكان ولي القتل محتاجاً إلى إقامة البينة أن الدار ملك صاحب الحائط حتى يجب الضمان على العاقلة.

ثم ذكر محمد رحمه الله في الكتاب ما لم تقم البينة : أن الدار ملكه ، ولم يذكر شيئاً آخر ، وقد روى عن محمد رحمه الله في غير رواية الأصول أنه قال : إن ولي القتل يحتاج إلى أن يقيم البينة على ثلاثة أشياء حتى يجب الضمان على العاقلة : أحدهما : أن الدار ملكه ، والثاني : أنه قد تقدم إليه ، فإن التقدم لا يثبت في حق العاقلة بمجرد إقرار الذى الدار فى يده ، وأن يقيم البينة على أنه مات المسقوط عليه من سقوط الحائط ، قالوا : لا بد من إثبات الشرطين إذا أنكرت العاقلة كون الدار ملكاً له والتقدم إليه .

فأما الشرط الثالث : وهو أن يشهد أنه مات من سقوطه ، فهذا ليس بشرط على ما نذكره فى ظاهر الرواية ، فإنه قال : إذا شهد شاهدان على رجل أنه جرحه ، ولم يزل صاحب فراش حتى مات قال : يقضى على المشهود عليه ، وإن لم يشهدوا أنه مات من جراحته ؛ لأنه لا علم لهم بذلك ، فكذلك هذا ، وإذا لم يجب على العاقلة يجب فى ماله ، كما لو أقر بجنائته موجبة للمال ، إذا كذبت العاقلة فى ذلك يجب فى ماله ، فكذلك هنا .

وإذا أقرت العاقلة أن الدار له ضمنوا الدية ، كما لو أقروا بجنائية خطأ ، وصدقته العاقلة فى ذلك قال : وكذلك الجناح والمثزاب يشرعه الرجل من داره فى الطريق ، فوقع على إنسان فمات ، وأنكرت العاقلة أن يكون الدار له ، وقالوا : إنما أمره رب الدار بإخراج الجناح ، فلا ضمان عليهم إلا أن يقيم البينة أن الدار له ، وذلك لأن إخراج الجناح من الذى الدار فى يده إنما يوجب الضمان على العاقلة ، إذا أخرجه من داره إلى الطريق ، أو من دار غيره بغير أمر صاحب الدار ، فأما إذا أخرجه من دار غيره بإذن صاحب الدار ، فإن الضمان يجب على عاقلة الأمر إذا كان السقوط بعد الفراغ من العمل استحساناً ، ولم يثبت كون الدار ملكاً للذى أخرج الجناح إلى الطريق لا بالبينة ، ولا بإقرار العاقلة .

فإن قيل : أمر غيره بإياه بإخراج الجناح غير ثابت ، فإن الأصل عدم الأمر ، والأمر عارض .

قلنا : عدم الأمر ثابت بظاهر الحال ، وظاهر الحال يصلح حجة للدفع ، ولا يصلح حجة للاستحقاق ، فإن أقر رب الدار أن الدار له وكذبت العاقلة ، فإن الدية تجب فى ماله ؛ لأن صاحب الدار لا يصدق فى إقراره فى حق العاقلة ، فيجعل وجود إقراره بذلك

فى حق العاقلة وعدمه بمنزلة إذا كذبتة العاقلة فى ذلك ، ولو قامت به بينة ضمن ذلك العاقلة ؛ لأن الثابت بالبينة كالثابت بإقرار العاقلة ، ولو أقر العاقلة أن الدار ملكه وجبت الدية على عاقلة صاحب الدار ، كذا ههنا .

١٩٤١١- رجل تقدم إليه فى حائط مائل له ، فلم ينقضه حتى وقع على حائط لجاره وهدمه ، فهو ضامن من الحائط الجار ؛ لأنه صار جانباً بترك النقض بعد الطلب من المستحق مع القدرة عليه ، فكأنه دفعه بنفسه وواقعه على حائط جاره ، ويكون للجار الخيار إن شاء ضمنه قيمة الحائط والنقض للضامن ، وإن شاء أخذ النقض وضمنه النقض ؛ لأن الحائط هالك من وجه قائم من وجه ، فإن شاء مال إلى جهة القيام ، وأخذ النقض من النقض ، وإن شاء مال إلى جهة الهلاك ، وترك النقض ، وضمنه قيمة الحائط ، ولو أراد أن يجبره^(١) على البناء كما كان ليس له ذلك ؛ لأن الحائط ليس من ذوات الأمثال ، ولم يذكر محمد رحمه الله طريق معرفة قيمة الحائط .

وحكى عن الشيخ الإمام الأجل شمس الأئمة الحلوانى أنه قال : يقوم الدار وحيطانها محيطة بها ؛ لأنه أئلف عليه حائطاً محيطاً بالدار ، وقيمة الحائط محيطاً بالدار تخالف قيمة الحائط ساقطاً ، هذا كما قال فى ” المنتقى “ : إذا أرسل دابته فى زرع غيره ، وأفسده ضمن قيمة الزرع ، فطريق معرفة قيمته أن يقوم الأرض مع الزرع الثابت ، فيضمن حصة الزرع ؛ لأنه أئلف الزرع ثابتاً ، وقيمة الزرع ثابتاً غير قيمته مقلوعاً ، وإذا ضمنه قيمة حائط كان النقض للضامن ؛ لأن المضمونات تملك بأداء الضمان على ما عرف .

فلو جاء إنسان ، وعثر بنقض الحائط الأول ، فالضمان على عاقلة المتقدم عليه ، وهذا قول محمد رحمه الله على ما مر قبل هذا ، وإن عثر بنقض الحائط الثانى قبل تضمين صاحب الحائط الأول وبعده ، فلا ضمان على أحد ، أما قبل تضمينه صاحب الحائط الثانى فلانعدام التقدم إليه ، وأما على صاحب الحائط الأول فلأنه ليس بقادر على رفعه عند اتصال التلف به ؛ لأنه ملك غيره حتى لو كان الحائط الثانى ملكاً لصاحب الحائط الأول كان دية المقتول على الحائط الأول لصيرورته جانباً بترك تفريغ الطريق عن

(١) هكذا فى ظوف وم ، وكان فى الأصل ” أن يخيره “ .

النقض مع القدرة عليه ، وأما بعد تضمين صاحب الحائط الأول فلأنه وإن قدر على رفعه عند اتصال التلف به ؛ لأنه صار ملكاً له بالضمان إلا أن هذا ملك متجدد لا بد له من تقدم متجدد ، ولم يوجد ذلك هنا .

ولو أن الحائط الأول حين وقع على الحائط الثانى ، وهدمه وقع الحائط الثانى على رجل وقتله ، لا ضمان على صاحب الحائط الثانى لانعدام الجناية منه ، وإنما الضمان على عاقلة صاحب الحائط الأول ؛ لأنه صار جانياً بترك التفريغ بعد الطلب مع القدرة عليه ، فكأنه ألقى الحائط الأول على الحائط الثانى ، حتى وقع الثانى على إنسان وقتله ، وهناك كان الجواب ، كما قلنا ، فهنا كذاك - والله أعلم - .

١٩٤١٢- حائط مائل لرجل أخذ القاضى صاحبه بالهدم ، فضمن رجل أن يهدمه بأمره ، فهو جائز ، وللضمنين أن يهدمه بغير أمره ، ذكره فى "المنتقى" .

١٩٤١٣- رجل تقدم عليه فى حائط مائل له لا يخاف أن يقع على الطريق ، لكن يخاف أن يقع على حائط له آخر صحيح لا يخاف وقوعه ، فيقع الصحيح فى طريق المسلمين ، ولم يقع المائل ، ولكن وقع الصحيح بنفسه ، فأتلف إنساناً ، أو عثر بنقضه رجل كان هدرًا ؛ لأن التقدم ما وقع على الصحيح مقصوداً ، حتى يجب عليه هدم الصحيح ، فيصير بترك الهدم مع القدرة عليه جانياً .

وإنما وقع التقدم عليه بطريق التعدى من الحائط المائل ، وإنه ما سقط بطريق التعدى من الحائط المائل ، وإنما سقط مقصوداً ، ومن هذا الوجه لم يوجد التقدم ، فيكون بمنزلة حائط سقط على إنسان قبل أن يتقدم عليه فيه ، حتى لو سقط الثانى بطريق التعدى من الأول ، فأتلف إنساناً ، أو عثر به إنسان لا يكون هدرًا - والله أعلم - .

١٩٤١٤- حائطان لرجلين كل حائط لرجل على حدة وهما مخوفان أشهد على صاحبهما^(١) ، فوقع أحدهما على صاحبه ، فطرحه على رجل ، أو طرحه فى الطريق ، فعثر رجل بنقضه ، فعلى صاحب الحائط الأول دية الذى أصابه الحائط الثانى ؛ لأن الحائط الأول لما كان واقعاً للثنائى صار كأن صاحب الحائط الأول أخذ الحائط الأول ، وألقاه على الثانى حتى سقط على رجل ، وهناك كان الجواب كما قلنا ، فهنا كذلك ،

(١) وكان فى ظوف : "عليهما" .

وليس عليه ضمان القتل الذي عثر بنقض الحائط الثاني ؛ لأنه ليس بقادر على رفعه عن الطريق ؛ لأنه ملك غيره ، وليس على صاحب الحائط الثاني شيء من دية الذي أصابه حائط ، ولا من دية الذي عثر بنقض حائطه ؛ لأن موضوع المسألة فيما إذا خيف على كل حائط وقوعه على الطريق ، لا وقوعه على صاحبه .

وإذا كان موضوع المسألة هذا كان التقدم واقعاً على كل واحد منهما مقصوداً ، لا بطريق التعدي على الآخر ، والحائط الثاني هنا ما وقع مقصوداً ، وإنما وقع بطريق التعدي عن الأول ، ومن هذا الوجه لا يقدم ، فلهذا لا يضمن صاحب الحائط الثاني ، ولو كان مكان الحائط الأول جناحاً أخرجه رجل إلى الطريق ووقع على حائط مائل لرجل تقدم عليه ، ووقع الحائط على رجل ، فقتله أو عثر رجل بنقض الحائط بعد ما وقع على الأرض ، فذلك كله على صاحب الجناح ؛ لأن إشراع الجناح نفسه جناية ؛ لأنه يشغل هواء طريق المسلمين ، فصار كأنه ألقاه بيده على الحائط حتى وقع على الأرض ، فكان حصول نقض الحائط في الطريق مضافاً إلى فعل صاحب الجناح ، فيضمن من عثرته وإن كان لا يملك رفعه .

١٩٤١٥- رجل له سفلى ، وآخر علو ، وهما مخوفان تقدم على صاحبهما ، فلم يهدما حتى سقط السفلى ، فرمى بالعلو على إنسان فقتله ، فدية المقتول على عاقلة صاحب السفلى ؛ لأن سقوط السفلى بعد التقدم مضاف إليه كأنه أسقطه ، وسقوط العلو حصل بسقوط السفلى ، فصار سقوط العلو مضافاً إلى صاحب السفلى من هذا الوجه كأنه أسقطه على القتل ، ولهذا صار العلو مضموناً على صاحب السفلى ، فصار ضمان المقتول على صاحب السفلى لهذا ، وضمان من عثر بنقض السفلى عليه أيضاً إذ التقدم على السفلى المخوف تقدم على نقضه ، فوجب عليه رفعه تفرغاً لطريق العامة ، وهو متمكن من رفعه لكونه ملكاً له ، ومن عثر بنقض العلو ، فلا ضمان فيه على أحد ، أما على صاحب السفلى لأنه غير متمكن من رفعه ؛ لأنه ملك غيره ، ولا ضمان على صاحب العلو أيضاً وإن تقدم عليه في العلو ، والتقدم على العلو تقدم على نقضه ؛ لأن موضوع المسألة أنه تقدم على العلو مقصوداً لا تبعاً ، والعلو سقط تبعاً لا مقصوداً .

قال : في الرجل يخرج في ملكه طريق الأعظم ويسد طريق ضيق القديم يكون له

ذلك إذا لم يكن يضر بالمسلمين ؛ لأن لكل واحد من آحاد المسلمين حق الانتفاع بالطريق الأعظم من حيث المرور ، ولا ضرر في المرور هنا للمسلمين ، فكل انتفاع لا ضرر فيه للمسلمين يكون كالمرور ، فيلحق بالمرور ، وكل انتفاع فيه ضرر بالمسلمين لا يكون كالمرور ، فلا يلحق بالمرور ، فعلم أن الطريق الأعظم حق كل واحد من المسلمين بطريق الإباحة كالحشيش دون الملك ، أما إذا كان يضر بالمسلمين فلكل واحد من أهل الطريق رفعه .

١٩٤١٦- قال في الرجل : يخرج في الطريق الأعظم كنيفاً ، أو جرساً ، أو مئزباً ، أو بنى دكاناً ، فلرجل من عرض الناس أن ينزع ذلك كله ، والجرص : هو البرج الذى يكون في الحائط ، وقيل : الجرص المئزاب الملتصق بالحائط في أسفل بئر يجتمع فيها الماء ، وإنما كان كذلك لأن طريق المسلمين حق عامتهم ، فإذا شغله بما ليس بحق له ، فقد تصرف في حقهم بغير حق ، فكان لكل واحد من أهل الطريق رفعه ، ويدخل في الرجل من عرض الناس الكافر ؛ لأن الكفار في استحقاق الطريق مثل المسلمين لحاجتهم إلى الطريق ، وحاجتهم معتبرة خصوصاً إذا كان ذمياً .

وإن كانت هذه الأشياء قديمة ، لا يكون لأحد حق الرفع ، وإن كان لا يدرى حالها ، فإنها تجعل حديثة ، وهذا هو الأصل أن ما يكون من هذه الأشياء على طريق العامة ، ولا يعرف حاله أنه يجعل حديثاً حتى كان للإمام حق الدفع^(١) ، وإن أخرج شيئاً من هذه الأشياء في الطريق الخاص في سكة غير نافذة ، فلكل واحد من أهل السكة إذا كان له حق المرور تحت هذه الأشياء حق النزع ، ومن ليس له حق المرور تحت هذه الأشياء من أهل السكة ، فليس له حق النزع ، وإن كانت هذه الأشياء قديمة ليس لأحد حق النزع ، وإن كان لا يدرى حال هذه الأشياء تجعل قديمة ، وهذا هو الأصل أن ما كان في سكة غير نافذة من هذه الأشياء إذا لم يعرف حاله يجعل قديماً بخلاف ما إذا كان على طريق العامة ، وكان كالجذوع الشاخصة في دار إنسان إذا كان لا يدرى حالها تجعل قديمة ، حتى لا يكون لصاحب الدار رفعها ، ولكن صاحب الجذوع يمنع من البناء ، كذا هنا .

وذكر شيخ الإسلام في شرح كتاب الصلح : إذا أراد الرجل إحداث ظلته في

(١) هكذا في ظوم ، وكان في الأصل وف : "الرفع" .

طريق العامة ، ولا يضر بالعامة ، فالصحيح من مذهب أبى حنيفة رحمه الله : أن لكل واحد من آحاد المسلمين حق المنع وحق الطرح ، وعلى قول محمد رحمه الله : له حق الخصومة فى المنع من الإحداث ، وليس له حق الرفع ، وقال أبو يوسف رحمه الله : ليس له حق المنع ولا حق الرفع ، وأما إذا كان يضر بالمسلمين فلكل واحد من آحاد المسلمين حق المنع وحق الرفع جميعاً .

وإن أراد إحداث الظلة فى سكة غير نافذة ، فإنه لا يعتبر فيه الضرر وعدم الضرر عندنا ، بل يعتبر فيه إذن باقى الشركاء .

قال محمد رحمه الله فى الكتاب : ولصاحب هذه الأشياء أن ينتفع بها إذا لم يضر بالمسلمين ، وإن كان يضر بهم ، كره ذلك له ، وهذا لأن لكل واحد من آحاد المسلمين حق الانتفاع بالطريق الأعظم من حيث المرور ، ولا ضرر فى المرور للمسلمين ، وكل انتفاع لا ضرر فيه للمسلمين ملحق بالمرور ، فيكون حقاً له ، وكل انتفاع فيه ضرر للمسلمين ، لا يكون كالمرور ، فلا يحلق بالمرور . توضيحه أن الطريق الأعظم حق كل واحد من المسلمين بطريق الإباحة دون الملك كالصيد والسبيل فى استيفاء المباح أن لا يتضمن ضرراً بأحد ، وإذا تضمن حرم .

وكذا البالوعة يحفرها إنسان فى الطريق الأعظم منع من ذلك ؛ لأنه لا يخلو من الضرر لا محالة .

ذكر شيخ الإسلام فى كتاب الصلح : ذكر أبو جعفر الطحاوى : أن من أراد إحداث ظلة فى طريق العامة قيل : يباح له ذلك ، ولا يأتى قبل أن يخاصمه أحد فى رفعها ، وبعد ما خوصم فى رفعها ومنع من ذلك لا يباح له الانتفاع ، ويأتى بتركها بعد ذلك على قول أبى حنيفة رحمه الله ، وعلى قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله : يباح له ذلك ما لم يضر بأحد ، وكان أبو يوسف ومحمد اعتباراً بالضرر ، وأبو حنيفة رحمه الله اعتبر الخصومة .

وقد ذكر هذه المسألة فى أول كتاب الوكالة فى حديث على وطلحة رضى الله عنهما ، ولم يحك فيه خلافاً ، وحكى الخلاف هنا ، فيجوز أن تكون المسألة مختلفة فيه ، فيكون بناء على مسألة كتاب الدعوى ، وهى إحداث أمر حادث فى العلو الذى لا سفلى

له؛ لأن أبايوسف ومحمدًا رحمهما الله اعتبرا الضرر كذا هنا، قال محمد رحمه الله في "الجامع الصغير": إذا حفر بالوعة على طريق المسلمين إن فعل بإذن السلطان، فلا ضمان عليه فيما عطب به، وإن فعل بغير إذنه ضمن، قال: وهكذا الجواب في هذا النوع من المسائل.

١٩٤١٧- قال في "الأصل": وإذا وضع الرجل في الطريق حجراً أو بنى فيه أو أخرج من حائطه جذعاً أو صخرة شاخصة في الطريق، أو أشرع كنيفاً، أو جناحاً، أو مثزباً، أو ظلة، أو وضع في الطريق جذعاً، فهو ضامن إذا أصاب شيئاً، وأتلفه إلا أن المتلف إذا كان آدمياً، فإنه يجب الضمان على عاقلة، وإن جرح آدمياً، ولم يتلفه إن بلغ أرشه أرش الموضحة، فإنه يجب على العاقلة، وإن كان دون ذلك، فإنه يجب في ماله، ولا كفارة عليه، ولا يحرم عن الميراث إذا كان المقتول مورثه، وإن أصاب مالا وأتلفه، فإنه يجب في ماله.

ذكر المسألة في الأصل مطلقاً: وإنها على التفصيل الذي ذكره في مسألة "الجامع الصغير": إن فعل ذلك بغير إذن الإمام يضمن، وإن فعل بإذن الإمام لا يضمن، وذلك لأنه سبب للإتلاف، وهو متعد في التسبب إذا فعل بغير إذن الإمام؛ لأنه شغل طريق المسلمين أو هواء طريق المسلمين بما ليس له حق الشغل، والتسبب إذا كان تعدياً، فهو ملحق بالمباشرة في حق حكم الضمان، حتى يجب الضمان على المسبب حسب وجوبه على المباشر، والجواب في المباشرة على التفصيل الذي قلنا، فكذا في التسبب الذي هو ملحق بالمباشرة، فأما إذا فعل ذلك بإذن الإمام، فهو غير متعد؛ لأن للإمام ولاية على الطريق الأعظم بصفة الإطلاق والعموم؛ لأنه نائب عن العامة، فصار ذلك الفعل حقاً بإذن الإمام، وخرج من أن يكون جنابة وتعدياً، كما لو فعل ذلك في ملك نفسه.

قال مشايخنا: وإنما يجوز للإمام أن يأذن بذلك إذا كان لا يضر بالعامة بأن كان في الطريق سعة، فأما إذا كان يضر بالعامة بأن كان في الطريق ضيق، لا يباح له ذلك.

ثم ما ذكر من الجواب في الكتاب: إذا فعل شيئاً من ذلك في الطريق الأعظم، أو في الطريق في سكة نافذة، أما إذا فعل شيئاً من ذلك في الطريق في سكة غير نافذة، فعطب به إنسان ينظر إن فعل ما ليس من جملة السكنى، لا يضمن حصه نفسه،

ويضمن حصّة شركاءه، وإن فعل شيئاً هو من جملة السكنى، فالقياس كذلك أيضاً.

وفى الاستحسان: لا يضمن شيئاً؛ لأن الطريق فى سكة غير نافذة مملوك لأهل السكة مشتركة فيما بينهم، وكان الجواب فيه كالجواب فى الدار المشترك، والجواب فى الدار المشترك إذا أحدث أحد الشركاء حدثاً بغير إذن شركاءه على التفصيل الذى ذكرنا، كذا هذا بخلاف ما إذا كانت السكة نافذة أو فى الطريق الأعظم؛ لأنه غير مملوك.

قالوا: وقد روى هذا التفصيل عن محمد بن الحسن رحمهما الله فى "نوادير ابن سماعه" عن محمد رحمه الله: طريق غير نافذ بين قوم وضع أحدهم فيه خشبة، أو توضاً، أو قعد، أو أوقف دابة، فعطب به إنسان، فلا ضمان؛ لأن هنا بمنزلة الدار بين الشركاء.

١٩٤١٨- قال: وإن حفر بئراً ووقع به إنسان ومات، فهو ضامن، كما لو حفر بئراً فى الدار المشترك إلا أن هذه السكة تخالف الدار المشترك فى حفر البئر فى خصلة، وهى أن الحافر فى البئر لا يضمن ما نقضها الحفر، والحافر فى الدار المشتركة يضمن ما نقضها الحفر؛ لأن الدار المشتركة مملوكة لهم على الحقيقة يبيعونها ويقسمونها، ولا يبيعون السكة، ولا ضمان على العاثر وإن كان العاثر مسبباً للإتلاف أيضاً كواضع الحجر، وذلك لأن العاثر وإن كان سبباً للإتلاف إلا أنه غير متعدّد، فإنه إنما عثر بسبب المشى على الطريق، وذلك مباح له.

والأول متعدّد؛ لأنه شغل طريق المسلمين بصنعه بما ليس له حق الشغل، وقد ذكرنا أن المسبب إنما يضمن إذا كان متعدّياً، ولا يضمن إذا كان غير متعدّد، كذا هنا، وإذا نحى الرجل شيئاً من ذلك عن موضعه، فعطب به إنسان، فالضمان على الذى نحاه، وقد خرج الأول عن الضمان، وذلك لأن الثانى لما نحاه عن موضعه فقد زال جناية الأول؛ لأن جناية الأول كانت فى شغل هذا الموضع بما ليس له حق الشغل، وشغل الأول قد زال، فزال جناية الأول، وصار الثانى شاغلاً مكاناً آخر غير ما شغله الأول، فكان الجانى هو الثانى، وهذا لأن الأول لم يباشر الإتلاف، ولا سبب لم يباشر؛ لأنه لم يتصل فعله بالمتلف، ولا سبب؛ لأنه لم يتصل أثر فعله بالمتلف، فإن أثر الفعل الأول شغل مكان الأول بهذا الحجر، وقد زال الشغل عن ذلك المكان، فزال أثر فعله، فإنما

اتصل بالملتلف أثر فعل الثانى لا أثر فعل الأول ، والثانى كان فى الفعل متعدياً .

١٩٤١٩- ولو ألقى رجل فى الطريق تراباً كان بمنزلة الحجر والخشب ؛ لأنه شغل الطريق بما ليس له حق الشغل ، فكان متعدياً فى ذلك كما لو شغله بالحجر والخشبة .

١٩٤٢٠- ولو أن رجلاً كنس طريقاً ، لم يكن عليه فى ذلك ضمان ، إن عطب إنسان ؛ لأنه بالكنس محسن ، وليس بمتعدٍ ، فإنه أزال الأذى عن الطريق ، وذلك مندوب شرعاً ، فكان محسناً فيما صنع لا متعدياً ، فلم يكن عليه ضمان إلا أن يكون جمع الكناسة فى موضع من الطريق فتعقل به إنسان ، ولو كان كذلك كان الذى كنس ضامناً ؛ لأنه شغل الطريق بما ليس له شغله ، فكن متعدياً فى هذا التسبب ، فما تولد منه يكون مضموناً عليه .

١٩٤٢١- وإذا وضع الرجل جمرًا فى الطريق فحرق شيئاً ، فإن ضمان ذلك على الواضع ، وذلك لأنه فى وضعه كان جانباً متعدياً ، فما تولد منه ، فإنه يكون مضموناً عليه ، فإن هبت به الريح ، فحركته عن موضعها ، فلا ضمان عليه فيما أحرقت^(١) بعد ذلك ؛ لأن فعله قد انقطع بتحريك الريح ، فقلنا : إن الضمان سقط .

من أصحابنا من قال : هذا إذا حركت عينها عن موضعها ، وأما إذا ذهبت بشررها ، فأحرقت شيئاً ، فإن الضمان يجب عليه فى ذلك أيضاً ، وذلك لأنها إذا حركت عينها ، فذهب بها عن موضعها ، فقد انقطع فعله ، فيكون الضمان ساقطاً عنه ، فأما إذا ذهبت بشررها ، فالعين باقية فى مكانه ، فتكون الجنابة باقية ، فيكون الضمان عليه .

وكان الشيخ الإمام شمس الأئمة السرخسى يقول : إذا كان اليوم يوم ريح ، فهو ضامن ، وإن ذهب الريح بعينها ، وكان الشيخ الإمام شمس الأئمة الحلوانى لا يقول : بالضمان من غير التفصيل .

١٩٤٢٢- ولو أن رجلاً رش الطريق ، فعطب به إنسان ، ومات ، وجب^(٢) الضمان على عاقلته ، ولا كفارة عليه .

(١) هكذا فى ظ وف ، وكان فى الأصل وم : " احترقت " .

(٢) هكذا فى ظ وف وم ، وكان فى الأصل " وجبت الدية " .

وكذلك الموضوع هكذا ذكر في الكتاب، وأطلق الجواب إطلاقاً، قالوا: إنما يضمن الراش إذا مر المار على الموضع الذي رش، ولم يعلم بذلك، بأن كان ليلاً، أو كان المار أعمى وعثر، ومات من ذلك؛ لأنه سبب الإتيان، وهو متعد في التسبب، فإنه شغل الطريق بما ليس له حق الشغل، وهو الماء، فكان كما لو شغله بالحجر والخشب.

فأما إذا علم المار بالرش ومضى على الموضع الذي رش ومات، فإن الرش لا يضمن؛ لأن المار هو الذي خاطر بروحه لما علم بالرش، وتعتمد المشي عليه، فكان مباشراً لإتيان نفسه، فكان كمن حفر بئراً على قارعة الطريق، فإنسان وثب من أحد الجانبين إلى الجانب الآخر خاطر بذلك، فوقع في البئر فمات، فإنه لا ضمان على الحافر؛ لأنه مباشر للإتيان نفسه بأمر منها محذور والحافر مسبب، فكذلك هذا، وكذا الجواب لو تعمد المرور على الخشبة الموضوعة أو على الحجر الموضوع فعثر به فمات فإنه لا ضمان على الواضع؛ لأن المار مباشر للإتيان نفسه بأمر محذور والواضع مسبب، فكذلك هنا.

ومن مشايخنا من فصل الجواب بأمر آخر: وقال: إذا رش فعثر به فمات، فإنه لا ضمان على الراش؛ لأنه لا ضرورة للمار في مروره على الموضع الذي رش، فإذا مر مع علمه بذلك لم يكن على الراش شيء.

فأما إذا رش جميع الطريق حتى لم يجد المار موضعاً يابساً يمر عليه إذا مر في هذه الحالة وعثر به ومات، فإنه يجب الضمان على الراش؛ لأنه مضطر في المرور على المكان الذي رش.

وهكذا قالوا: أيضاً إذا مر على الخشبة الموضوعة على الطريق متعمداً إن أخذت الخشبة الطريق كلها، فمر عليها وعثر، فإن واطع الخشبة يضمن؛ لأنه مضطر في المرور عليها؛ لما أخذ الطريق كلها، فأما إذا أخذت بعض الطريق دون البعض فمر على الخشبة متعمداً لا يضمن واطع الخشبة؛ لأنه تعمد المرور على الخشبة، وهو غير مضطر في ذلك وهذا إذا رش وسط الطريق.

فأما إذا رش فناء حانوت بإذن صاحب الحانوت، فعثر به إنسان فمات، فالقياس

أن يكون الضمان على الراش، وفي الاستحسان: أن يجب الضمان على الأمر صاحب الحانوت، وعلى قياس ما لو استأجر أجيرا ليبنى له دكاناً، فبنى حانوتا، فتعقل به إنسان، فمات بعد فراغ الأجر من العمل، فالقياس أن يكون الضمان على الأجير، وفي الاستحسان: على الأجر، فهذا على ذلك، وإن كان الأمر أمره بالبناء في وسط الطريق، فتعقل به إنسان فمات، فالضمان على الأجر، لا على الأمر قياساً واستحساناً، فكذلك هذا.

١٩٤٢٣- وإذا أشرع الرجل جناحاً في الطريق الأعظم، ثم باع الدار، فأصاب الجناح رجلاً فقتله، فالضمان على البائع دون المشتري؛ لأن الجنابة وجدت من البائع دون المشتري؛ لأن الجنابة في هذا الباب في شغل طريق المسلمين بالجناح، وهذا الشغل وجد من البائع دون المشتري، وبأن باع الدار من غيره لم يزل الشغل، فبقيت جنايته على حالها، فكان بمنزلة من وضع حجراً على الطريق أو خشبة، ثم باعها من غيره، ثم تعقل به إنسان كان الضمان على البائع؛ لأنه بالبيع لم يصير مفرغاً ما حصل به الشغل، فبقيت جنايته على حاله، كذا هنا، وهذا بخلاف ما إذا أشهد على رجل في حائط مائل، فلم ينقض حتى باع الدار الذي فيها ذلك الحائط، فقد برئ عن الضمان؛ لأن هناك ارتفع جنابة البائع؛ لأن بناء الحائط نفسه ليس بجنابة والميلان ليس بصنعه، وإنما الجنابة ترك التفريغ عند اتصال التلف به مع القدرة على التفريغ، وبالبيع عجز عن التفريغ، فارتفعت الجنابة، فلهذا افترقا.

فإن قيل: في مسألتنا كما أن البائع جان بالشغل، فالمشتري جان بترك التفريغ مع الإمكان.

قلنا: المشتري ليس بجان لا مباشرة ولا تسبياً، أما مباشرة فظاهر؛ لأنه لم يتصل فعله بالتلف، وأما تسبياً؛ لأنه لم يتصل بالتلف أثر فعله؛ لأنه لم يوجد من المشتري فعل إلا أنه صار تاركاً معروفاً، وهو تفريغ طريق المسلمين، لكن ترك المعروف لا يوجب الضمان كمن رأى أعمى يقع في البئر، فلم يمنعه من الوقوع حتى وقع فيها ومات، لا ضمان عليه، وإن ترك معروفاً كمن رأى إنساناً يموت من الجوع، ومعه طعام، فلم يدفعه، حتى مات لم يضمن، وإن ترك معروفاً وفرضاً، وكمن وضع حجراً، فمر به

إنسان، وأمكنه الدفع، كان عليه الدفع، فإن لم يفعل حتى تعقل به إنسان، لا ضمان عليه وإن ترك معروفًا؛ لأنه لم يباشر الإلتلاف، ولا سبب له، فكذا هذا بخلاف البائع؛ لأنه مسبب، فإن اتصل بالمتلف أثر فعله الذى كان تعدياً منه، والمسبب على هذا الوجه ضامن.

١٩٤٢٤- ومن أشرع مثزاًباً فى الطريق، فسقط، فأصاب إنساناً، فهذا على أربعة أوجه: إما إن علم أنه أصابه الطرف الداخل الذى يلى الحائط، أو علم أنه أصابه الطرف الخارج من الحائط، أو أصابه الطرفان جميعاً، وعلم بذلك، أو لم يعلم أنه أصابه الطرف الداخل الذى يلى الحائط أو الطرف الخارج.

فإن علم أنه أصابه الطرف الداخل الذى يلى الحائط، فلا ضمان عليه، وإن كان مسبباً للإلتلاف؛ لأنه غير متعدٍ فى التسبب؛ لأن الطرف الذى يلى الحائط موضوع فى ملكه، وله أن يضع فى ملكه ما شاء، والمسبب للإلتلاف إذا لم يكن متعدياً فى التسبب، لا يضمن.

وإن أصابه الطرف الخارج ضمن؛ لأنه سبب وهو متعدٍ فى التسبب؛ لأنه شغل هواء طريق المسلمين بصنعه، فكان بمنزلة ما لو بنى حائطاً مائلاً إلى الطريق، فسقط على إنسان فمات، فإنه يضمن، كذا هنا.

وإن أصابه الطرفان جميعاً، وقد علم بذلك وجب نصف الضمان، وهدر النصف، وذلك لأن التلف حصل بجنايتين: إحداهما معتبرة والأخرى غير معتبرة، فيهدر النصف، ويعتبر النصف كما لو جرح نفسه، وجرحه رجل، وجرحه إنسان، وجرحه عبده أو سبع ومات، وهناك يهدر النصف ويعتبر النصف، كذا هنا.

وإن لم يعلم أى الطرفين أصابه ضمن النصف، وهدر النصف استحساناً؛ لأننا تيقنا أنه قتل المثزب إلا أنا لا ندرى أى الطرفين أصابه، فيجعل كأنه أصابه الطرفان كما لو جرحه إنسان وسبع ومات، ضمن الرجل نصف الدية؛ لأننا نعلم أنه قتل الجراحة إلا أنا لا ندرى أنها قتل أى جراحة، فجعلناه قتل الجراحتين، كذا هنا.

١٩٤٢٥- وإذا أشرع من داره كنيفاً أو جناحاً إلى الطريق، فوقع، فعطب إنسان تحته بعد السقوط، فقد ذكرنا قبل هذا أنه يضمن، وهكذا ذكر فى "الزيادات": أنه

يضمن، وذكر في "المتقى": أنه لا يضمن.

قال في "المتقى": وهو بمنزلة رجل وضع شيئاً في الطريق، فزال عن ذلك الموضع، فعطب به عاظم.

١٩٤٢٦- قال في "المتقى": رجل أخرج من حائط له إفريزاً، والإفريز: القطعة من الشيء معزول عنه تقول: فرزت أى عزلت، والجواب فيه أنه إن كان كبيراً ضمن ما أصاب ذلك، وإن كان صغيراً يسيراً لم يضمن، لو ضمن بهذا ضمن أن حصص الحائط، أو طينه من خارج.

وفيه أيضاً: عبد تاجر عليه دين، أو لا دين عليه أشرع كنيفاً من داره، فعطب به إنسان، فهو في رقبة العبد في قول أبي يوسف رحمه الله، وفي قياس قول أبي حنيفة رحمه الله: إن فعل ذلك بإذن المولى، فالضمان على عاقلته، وإن فعل ذلك بغير إذن المولى، فالضمان في رقبة العبد، ولو كان حائط مائل في هذه الدار أشهد عليه، فهو على قول أبي يوسف رحمه الله في رقبة العبد، وفي قول أبي حنيفة رحمه الله: هو على عاقلة المولى، وإن حفر العبد فيها أو بنى فيها بناء بإذن المولى، أو بغير إذن المولى، فعطب به إنسان، فلا شيء فيه، وإن فعل المولى ذلك بغير إذن العبد، فلا ضمان في قياس قول أبي حنيفة رحمه الله.

وقال أبو يوسف رحمه الله: هو ضامن في القياس، لكنى أدع القياس ولا أضمنه، وكذلك الراهن إذا بنى في دار الرهن، أو حفر فيها بئراً، أو ربط فيها دابة بغير أمر المرتن، لم يضمن شيئاً.

١٩٤٢٧- وفيه أيضاً: إذا وقف داراً على المساكين، فأخرجها من يده، ودفعها إلى رجل يجعل غلتها في المساكين، فأشهد على الوكيل في الحائط المائل منها، فسقط على إنسان، فالدية على عاقلة الواقف، فإن أشهد على الذى له الوقف يعنى المساكين، فلا ضمان.

١٩٤٢٨- وفيه أيضاً: مسجد مال حائطه يشهد على صاحبه الذى بناه، فإذا لم يهدمه بعد الإشهاد، حتى سقط على إنسان، فالدية على عاقلته.

١٩٤٢٩- وفيه أيضاً: رجل ضرب إنساناً، فسقط على الطريق ميتاً، ومعه مال،

فتوى، فالضارب يضمنه، وكذلك يضمن ثيابه التي عليه، وإن عطب إنسان بالمقتول أو بثيابه، فإن كان حين ضربه، سقط ميتاً، أو سقط حياً، فلم يستطع أن يبرح حتى مات مكانه، فإن دية الثاني الذي عطب على عاقلة القاتل، وإن كان يقدر على أن يقوم، فلم يقيم حتى مات مكانه، فكأنه جنى به المقتول.

١٩٤٣٠ - وفيه أيضاً: ولو أن رجلاً مر في الطريق، فسقط ميتاً من غير جناية أحد، فعطب به إنسان لم يضمن، لا الميت ولا عاقلته، ولو سقط حياً، ثم مات ضمن عاقلة من عطب به.

ومن هذا الجنس:

١٩٤٣١ - رجل يمشى في الطريق، فأدركه مرض، فوقع مغمى عليه، وأدركه ضعف^(١)، فلم يقدر معه على المشي، فوقع على إنسان فقتله، أو وقع على الأرض حياً، ثم مات، فعثر به إنسان، فالضمان واجب على عاقلته؛ لأنه وقع حياً، ومثله يجنى، فإن كان وقع على إنسان فقتله، فعليه الكفاة، ولا ميراث له منه، وإن كان وقع على الأرض، فعثر به عاثر، فلا كفارة فيه، ولا يحرم الميراث، وهذا كله قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله.

ومن هذا الجنس:

١٩٤٣٢ - رجل عثر في الطريق بحجر، لم يضعه أحد فيه، أو بحجر سقط من حائط، لم يشهد على صاحبه فيه، أو عثر بقميصه، فتعقل به، فسقط على إنسان، أو سقط ميتاً، فعثر به عاثر، فضمن ذلك على العاثر الأول، ويجعل كأنه قتل نفسه في الطريق، فيضمن من عثر به ومن عثر لمن عثر به، وهذا المسألة تخالف المسألة المتفقة فيما إذا وقع على الأرض ميتاً.

١٩٤٣٣ - وفي "المنتقى": عمرو بن أبي عمرو عن محمد عن أبي حنيفة رحمهم

(١) وكان في ظ: "خطب".

الله : رجل يمشى فى الطريق، وعليه شىء هو لا يلبسه مما يلبسه الناس، فعطب به إنسان، أو وقع على إنسان، أو وقع فى الطريق، فعثر به إنسان، فلا ضمان عليه فى شىء من ذلك، وإن كان لبس من ذلك ما لا يلبسه الناس، فهو بمنزلة الحامل له، ويضمن ما عطب به، ولو كان يمشى فى الطريق، فأدركته ميتة، فوقع ميتاً على رجل، فقتله، أو وقع ميتاً على الطريق، فعثر به عاثر، فلا ضمان.

قال : ولا يشبه هذا واللباس بما سواههما يريد بقوله ما سواههما أن يحمل شيئاً فى الطريق، فسقط منه، فعطب به إنسان، فإن هناك يضمن، وكذلك إذا وضع شيئاً فى الطريق، فعطب به ضمن الواضع دية على العاقلة، وأشار إلى الفرق، فقال : لأن له أن يمشى فى الطريق واللباس لا بد منه، وأما ما يحمله فى الطريق وإن كان له أن يحمله، فإنما له ذلك على أنه إن سقط، وأهلك شيئاً، يضمن.

وكذلك الرجل يسوق الدابة، ويقودها وهو راكب عليها، فسقط عنها بعض أدااتها من سرج أو لجام، أو ما أشبه ذلك على إنسان وقتله، أو سقطت الدابة على الطريق، أو سقط بعض أدااتها على الطريق، وعثر بها إنسان ومات، فالسائق والقائد والراكب ضامنون لذلك.

١٩٤٣٤ - سئل محمد رحمه الله عن رجل صب ماء فى الطريق، فاستنقع الماء، ثم جمده، فزلق الإنسان بذلك الجمد، قال : الذى صب الماء ضامن له، وكذلك لو ذاب الجمد بعد ذلك، فزلق به إنسان، أو كان ألقاه فى الطريق وهو جمد، فذاب فزلق إنسان.

١٩٤٣٥ - وإذا ضرب الرجل فسطاطاً فى طريق مكة، أو فى طريق آخر مثل طريق مكة، فعطب به إنسان، فإن كان فعل ذلك على المحجة، حيث يمر الناس والدواب، فهو ضامن، وإن فعله يميناً أو يسرة من الطريق حيث لا يمر الناس، فلا ضمان -والله أعلم-.

١٩٤٣٦ - رجل وضع جرة فى الطريق، وفيها زيت، أو ليس فيها شىء، ورجل آخر وضع جرة أخرى فى الطريق أيضاً، فتدحرجت إحداهما، فأصابت الأخرى فانكسرتا، قال : ضمن صاحب الجرة التى لم يتدحرج قيمة الجرة الأخرى، ومثل الزيت

الذى فيها؛ لأن القائمة التى وضعها صاحبها، لم يكن لصاحبها أن يضعها فى الطريق، فصار جانباً بالوضع، وهى فى المكان الذى وضعها فيه، فهى كحجر وضعه فى الطريق، فعطب به إنسان، وهناك يجب الضمان، فههنا كذلك.

وأما صاحب الجرة التى تدرجت لا يضمن شيئاً؛ لأنه لما زالت الجرة عن الموضع الذى وضعها فيه خرج فعله من البين، فخرج من الضمان ذكر المسألة فى "نوادير ابن رستم" فى آخر الجنايات، وسيأتى بعد هذا رواية أبى يوسف رحمه الله بخلاف هذا، ولو تدرجت لا ضمان على واحد منهما، ولو مالت إحداهما، فضربت على الأخرى من غير أن يزول عن موضعها الذى وضعها فيه، فانكسرتا أو انكسرت المائلة أو القائمة، فعلى كل واحد منهما ضمان ما انكسر بجبرته؛ لأنهما لما لم تنزل عن ذلك الموضع بقى مضافاً إلى فعل الواضع.

حكى عن الفقيه أبى بكر البلخى: أن الجرتين إذا كانتا على طريق الجادة، فكل واحد منهما ضامن من قيمة جرة صاحبه فى الأحوال كلها إذا تدرجت إحداهما، فصدمت الأخرى فانكسرتا.

أما إذا اغترف أحدهما من الخوض بجبرته، ووضعها على الشط، ثم جاء آخر، فاغترف بجبرته، فوضعها على الشط، فتدرجت الأجرية، فصدمت الأولى فانكسرتا.

قال بعض الناس: الضمان على صاحب الأخيرة.

وقال بعضهم: كل واحد ضامن من قيمة جرة صاحبه.

وقال بعضهم: الضمان على صاحب الجرة القائمة على كل حال.

والأصل فى جنس هذه المسائل: أن من وضع شيئاً فى مكان، فعطب به شئ إن كان له حق الوضع فى ذلك المكان لا يضمن الواضع ما عطب به سواء عطب به، وهو فى ذلك المكان بعد، أو عطب به بعد ما نزل عن ذلك المكان، وإن لم يكن له حق الوضع فى ذلك المكان إن عطب به وهو فى ذلك المكان يضمن، وإن عطب به بعد ما زال عن ذلك المكان، إن كان الزوال بمزيل كما لو كان وضع حجراً، فهبت به الريح، فأصاب شيئاً فكسره، أو سال الماء، ورفع الحجر، فأصاب شيئاً فكسره، فلا ضمان؛ لأن جنايته

قد زالت بالماء والريح، وإن كان الزوال لا بمزيل كما في الجرة، إذا تدرجت، ففيه اختلاف بين المتقدمين والمتأخرين، أما اختلاف المتأخرين ما ذكرنا، وأما اختلاف المتقدمين: فقد ذكر البقالى: إذا وضع جرتين على الطريق، فتدرجت إحدهما على الأخرى فانكسرتا، ضمنا عند أبى يوسف رحمه الله، وعن^(١) محمد رحمه الله: أنه يضمن صاحب القائمة لا غير.

وعن القاضى الموهلى قال: سئل عمن وضع جرة في الطريق، فجاء آخر، فوضع أخرى، فسأل من الأولى، فابتل المكان، ف وقعت على الأخرى فكسرتها، فقلت: لا أدري، ثم سألت محمداً رحمه الله، فقال: لا أدري، ثم قال: لا يضمن، ولو وقعت الأولى على الأخرى، ضمن صاحبها.

١٩٤٣٧- وضع شيئاً على الطريق، فنفرت عنه دابته، فقتلت رجلاً، فلا ضمان على الواضع إن لم يصبها ذلك الشيء، وكذا الحائط المائل إذا تقدم إلى صاحبه، فسقط على الأرض، فنفرت عنه دابته، وقتلت إنساناً، لا ضمان عليه، إنما يضمن صاحب الحائط، والواضع في الطريق إذا أصاب الحائط شيئاً فأتلفه، أو أصاب الواضع شيئاً فأتلفه.

١٩٤٣٨- ذكر شيخ الإسلام في شرح كتاب الجنايات: في باب الحفر لكل صاحب الدار الانتفاع بفناء داره ما ليس لغيره من إلقاء الثلج، والطين، والخطب، وربط الدواب، والقعود، وبناء الدكان، والتنور، ولكن بشرط السلامة، والجواب في الانتفاع بفناء الدار من إلقاء الثلج والطين والخطب وربط الدواب، كما ذكر هنا صحيح.

أما في بناء الدكان والتنور: فعلى التفصيل إن كانت السكة نافذة، فالجواب هكذا، وإن كانت غير نافذة، فليس لأحد من أهل السكة أن يشرع كنيفاً أو مئزباً، أو يبنى فيها شيئاً إلا بإذن جميع أهل تلك السكة؛ لأن مثل هذه السكة تكون ملكاً لأهلها عادةً، فتكون مشتركة بينهم على هذا التقدير، فلا ينفرد واحد منهم بالتصرف فيها، هكذا ذكر في "الجامع الصغير" في كتاب الجنايات.

(١) هكذا في ظ وف وم، وكان في الأصل "عند" مكان "عن".

وأما الكلام في الهلاك بالثلج المرمى بأن زلق به إنسان، أو دابة، فقد ذكر محمد رحمه الله في آخر جنائيات "كتاب العيون"، وفصل الجواب أيضاً، وقال: إن كانت السكة غير نافذة، فلا ضمان على الرامي، وإن كانت نافذة يضمن الذي رمى بالثلج جعله مقيداً بشرط السلامة، وهذا لأن السكة إذا لم تكن نافذة، فهي مخلص لهم، فلم يكونوا متعددين، وإذا كانت نافذة، ففيها حق العامة، فكانوا متعددين في رمى الثلج.

وقال الفقيه أبو الليث رحمه الله: وهذا الذي ذكره محمد رحمه الله جواب القياس، ونحن نستحسن، ونقول: لا يجب الضمان عليهم سواء كانت السكة نافذة أو غير نافذة؛ لأن فيه عموم البلوى، وإنما أجاب محمد رحمه الله بالضمان في السكة النافذة؛ لأنه لم يكن عندهم في الثلج بلوى عامة^(١)؛ لأن الثلج يقل في بلادهم، وأما البلوى في إلقاء الطين وربط الدابة، ووضع الخطب، فلا يتفاوت بين بلد وبلد، فلا يتأتى فيه الاستحسان الذي قال الفقيه أبو الليث رحمه الله، فيكون الجواب فيه على القياس كما ذكره محمد رحمه الله في "الجامع الصغير".

وفي "العيون": أنه يكون مقيداً بشرط السلامة.

وبعض مشايخ زماننا قالوا: إن فعلوا ذلك بإذن الإمام، أو كانت^(٢) السكة بحال يلحقهم حرج عظيم بنقل الثلج حتى عرف الإذن بإلقاء الثلج، وتركه دلالة، والجواب كما قال الفقيه أبو الليث، وإلا فالجواب كما ذكره محمد رحمه الله.

ويؤيد هذا ما حكى عن الفقيه أبي القاسم: أنه سئل عن بلدة ذات ثلج، وربما يكثر الطين في الطريق، فألقى كل واحد بفناء داره، أو قرب داره حجراً، فتعقل به إنسان قال: أحب إلى أن يكون ذلك بإذن الإمام، وإن فعل ذلك بغير إذن الإمام، فالقياس أن يجب الضمان.

١٩٤٣٩- عبد لرجل ثام^(٣) في طريق المسلمين، أو قعد، ثم أعتقه مولاه، ثم عثر به إنسان ومات، فالضمان على عاقلة المولى؛ لأن النوم مستدام، والقعود كذلك،

(١) هكذا في الأصل، وكان في غيره: "عاماً" مكان "عامة".

(٢) هكذا في الأصل، وكان في ظ و ف وم "كان" مكان "كانت".

(٣) هكذا في ظ وم، وكان في الأصل وف "قام".

ولهذا يضرب لهما مدة، يقال : نام يوماً، قعد يوماً، وما كان مستداماً كان للإدامة حكم الإنشاء، فكأنه أنشأ النوم والقيود بعد العتق، ولو كان كذلك كان الجواب كما قلنا؛ لأن بالنوم والقيود في الطريق يصير جانباً لشغله طريق المسلمين، وموجب جنابة المعتق على عاقلة المولى .

ولو كان العبد يمشى في الطريق، فوقع فانكسر رجله، وصار بحيث لا يقدر على أن يبرح من مكانه، ثم أعتقه مولاه، ثم عثر به إنسان ومات، فعلى المولى قيمة العبد لورثة العاثر؛ لأن العبد ههنا صار جانباً بأصل الفعل لا بالدوام عليه لزوال اختياره بسبب كسر الرجل، وأمكن جعله جانباً بأصل الفعل؛ لأن المرور في الطريق وإن كان مباحاً إلا أنه مقيد بشرط السلامة، فإذا سقط حتى عثر به إنسان لم تحصل السلامة فيصير جانباً، فهو معنى قولنا: العبد يصير ههنا جانباً بأصل الفعل، وهو في تلك الحالة مملوك للمولى، وقد صار المولى مانعاً إياه بالإعتاق على وجه لم يصير مختاراً للقاء لعدم الجنابة يوم الإعتاق، وفي مثل هذا تجب القيمة على المولى كالمدير يجنى بجنابة، وكالعبد^(١) يحفر بئراً على قارعة الطريق، ثم يعتقه مولاه، ثم يقع فيها إنسان .

ولو أوقف العبد دابة في الطريق، فرائت ثم أعتقه مولاه، ثم عثر بها إنسان ومات، فعلى المولى قيمة العبد لورثة العاثر بها؛ لأن العبد هنا إنما صار جانباً بنفس الإيقاف؛ لأن فعله الإيقاف، فأما وقوف الدابة ومكثها فعل الدابة؛ لأن الدابة لها فعل يتحول ويمكث، والإيقاف ليس بمستدام، فيجعل كالمشئ بعد الإعتاق، فلهذا صار جانباً بنفس الإيقاف، وهو في تلك الحال مملوك للمولى، وقد تعذر دفعه بصنع المولى على وجه لم يصير مختاراً للقاء، فتجب قيمته للمولى بخلاف قيود العبد في الطريق، ووقوفه بنفسه؛ لأن ذلك فعل العبد ابتداء ودواماً، وإنه مما يستدام، فيجعل كالمشئ لذلك بعد العتق، أما ههنا بخلافه على ما ذكرنا .

١٩٤٤٠ - ولو قمت رجل عبد الرجل، ورماه في الطريق، ثم أعتقه مولاه، ثم عثر به إنسان، فدية العاثر على من قمت، ورماه في الطريق؛ لأن الرمي في الطريق جنابة منه، ولم يتمكن العبد من التحول بعد العتق ليصير كالمشئ للجنابة بعد العتق،

(١) وفي "ظ": فكالعبد.

فيفسخ به حكم فعل الرامى ، فيكون موجب الجناية عليه ، فيبقى الفعل منه جناية معتبرة ، حتى لو كان العبد مع القمط يقدر على الذهاب ، ثم أعتقه مولاه ، فلم يذهب حتى عثر به إنسان كان أرش الجناية على مولاه ، ويجعل مقامه فى ذلك المكان مع القدرة على الذهاب جناية مبتدأة منه كأنه أنشأ القعود بعد العتق ، فيفسخ حكم فعل الرامى ، ولو كان أجلس العبد فى الطريق من غير رباط ولا قمط ، ثم أعتقه مولاه ، فلم يبرح عن مكانه حتى عثر به إنسان وجب أرش الجناية على مولاه ؛ لأنه مختار فى المقام فى ذلك المكان ، فيجعل دوامه عليه بمنزلة ابتداء الجلوس بعد العتق ، فيفسخ فيه حكم فعل من أجلسه .

١٩٤٤١- وذكر ابن سماعه فى "نوادره" عن أبى يوسف رحمه الله : رجل وضع جرة على طريق ، فدحرجتها الريح ، ونحتها عن موضعها ، فعطب بها إنسان لم يضمن ، ولو تدحرجت الجرة بنفسها من غير أن دحرجتها الريح ، فعطب بها إنسان يضمن ، وهذه الرواية تخالف رواية ابن رستم التى تقدم ذكرها .

الفصل الخامس عشر

فى مسائل المسجد وبناء القنطرة وحفر البئر

١٩٤٤٢- قال محمد رحمه الله فى "الجامع الصغير" : فى المسجد يكون للعشيرة، فيجىء رجل من العشيرة، فيعلق به قنديلا أو ييسط فيه بوارى أو حصا، فعطب به إنسان لا شىء عليه، وإن كان الجاعل^(١) من غير العشيرة ضمن ذلك كله، هذا هو لفظ الكتاب.

وفى الأصل يقول : وإذا احتقر أهل المسجد فى مسجدهم بئر الماء المطر، أو علقوا فيه قناديل، أو وضعوا فيه حبّا يصب فيه الماء، أو طرحوا فيه حصا، أو ركبوا فيه باباً، أو طرحوا فيه بوارى أو ظللوه، فلا ضمان عليهم فيما عطب بذلك، وذلك لأنهم مسئئون، وهو غير متعددين فى التسبب فلا يضمنون ما تولد منه قياساً على ما لو أحدثوا ذلك فى أملاكهم، وإما قلنا : إنهم غير متعددين فى التسبب، وذلك لأن تدبير المسجد فيما يرجع إلى عمارة المسجد ومصالحه إلى أهل المحلة، ولهذا قالوا : لو وجد فى هذا المسجد قتيل، فإن الدية والقسامة على أهل المحلة، ؛ لأن المسجد تحت رأيهم وتديبرهم، ولهذا كان نصب المؤذن والإمام إلى أهل المحلة دون غيرهم، ولهذا قالوا : بأن غير أهل المحلة إذا صلوا بجماعة كان لأهل المحلة أن يعيدوه، ولو صلى أهل المحلة لا يكون لغيرهم أن يصلوا ثانياً بجماعة، وإذا كان الرأى والتدبير فيما يتصل بعمارة المسجد إلى أهل المسجد صاروا بمنزلة الملاك فى حق المسجد فيما يتصل بعمارة المسجد، والمالك إذا أحدث فى ملكه شيئاً من هذا، لم يكن متعدداً، فكذلك هنا.

وأما إذا أحدث هذه الأشياء غير أهل المحلة فعطب به إنسان فهذا على وجهين : إما إن أحدثوا ذلك بإذن أهل المحلة، أو بغير إذنهم، فإن فعلوا ذلك بإذنهم لم يكن عليهم فى ذلك ضمان، ؛ لأن فعل غيرهم بإذنهم كفعل أهل المحلة لأنفسهم، ألا ترى أن من حفر بئراً فى طريق المسلمين بإذن الإمام، فوقع فيها إنسان لم يضمن كما لو حفر

(١) هكذا فى ظ، وكان فى ف وم : "الجانى"، وكان فى الأصل : "الجائى".

الإمام بنفسه، أما إذا فعلوا ذلك بغير إذن أهل المحلة إن أحدثوا بناء، أو حفروا بئراً، فعطب فيها إنسان، فإنهم يضمنون بالإجماع؛ لما ذكرنا أن أهل المحلة في حق المسجد بمنزلة الملاك، فيكون غير أهل المحلة بمنزلة الأجانب منه، والأجنبي لو أحدث شيئاً من هذا في ملك غيره بغير أمره كان ضامناً، فكذلك هذا.

فأما إذا وضعوا حباً ليشرب منه الماء، أو بسطوا حصيراً، أو بوارى، أو علقوا قناديل بغير إذن أهل المحلة، فتعقل^(١) إنسان بالحصير فعطب، أو وقع القنديل، أو أحرق ثوب إنسان، أو أفسده قال أبو حنيفة رحمه الله: بأنهم يضمنون، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: لا يضمنون، وذهب في ذلك إلى أن هذا فعل يستحق به الثواب، وما يستحق به الثواب لا يجوز أن يتعلق به الضمان، ولأن الناس في الصلاة في المساجد شرعاً على السواء، وبسط الحصير وتعليق القناديل، ووضع الحب للماء من توابع الصلاة محتاج إليها لأجل الصلاة، ثم أهل المسجد لا يضمنون بهذه الأشياء، فكذا غيرهم بخلاف البئر والبناء؛ لأنه لا يحتاج إليهما لأجل الصلاة، فلم يكونا من توابع الصلاة.

وأبو حنيفة رحمه الله يقول: فعل ما ليس بملك له، ولا هو داخل تحت ولايته، فيضمن ما تلف به كما لو حفر بئراً لمصالح المسجد، وإنما قلنا: ذلك لأن التدبير والرأى في مصالح المسجد للعشيرة لا لغيرهم، ألا ترى أن غير أهل المسجد لو فعل شيئاً من ذلك كان لأهل المسجد أن يمنعه عنه.

وما قالوا: إن هذا فعل يستحق به الثواب.

قلنا: لو قال: قائل لا يستحق به الثواب على قول أبي حنيفة رحمه الله لا يبعد على أن هذا يشكل بما إذا وقف إنسان في الطريق لإماطة الأذى عن الطريق أو لدفع الظلم عن غيره فعطب به إنسان يضمن وإن كان يستحق به الثواب، وما يقولان: بأن الناس في الصلاة في المساجد سواء شرعاً، قلنا: ليس كذلك، ألا ترى أن أهل المسجد لو صلوا فيه بجماعة لا يكون لغيرهم أن يصلوا فيه بجماعة، ولو كانوا في الصلاة سواء لم يكونوا في هذه الأشياء على السواء.

(١) وكان في "ظ": "فتعلق".

قوله : هذه الأشياء من توابع الصلاة ، قلنا : يشكل بحفر البئر ونصب المؤذن ، فإن ذلك لأهل المسجد لا لغيرهم ، وكل ذلك من توابع الصلاة .

قال الشيخ الإمام شمس الأئمة الحلواني رحمه الله : أكثر مشايخنا أخذوا بقولهما في هذه المسألة ، وعليه الفتوى .

وفى "المتقى" : رواية مجهولة ، وإذا فرش الرجل فراشاً في المسجد ونام عليه ، فعثر رجل بالنائم ، فلا ضمان ، ولو عثر بالفراش ، فهو ضامن ، وسيأتى بعد هذا إن شاء الله عن أبى حنيفة رحمه الله مسألة العثار بالنائم بخلاف هذا .

١٩٤٤٣ - وفيه أيضاً رواية مجهولة : إذا بنى مسجداً في طريق المسلمين بغير أمر السلطان ، فعطب الرجل بحائطه ، فهو ضامن في قول أبى حنيفة رحمه الله ، وكذلك قول أبى يوسف رحمه الله إذا كان في طريق الأمصار حيث يكون تضيقاً وإضراراً ، وإن كان في الصحراء بحيث لا يضر بالطريق غير أنه في أفنية المصر ، فلا ضمان عنده استحساناً .

وقال أبو يوسف رحمه الله : لو أن رجلاً أخرج من داره مسجداً أو بنى كان أولى الناس من أهل المحلة وغيرهم بإصلاحه وإلقاء بواريه والإسراج ، وليس لأحد أن يشرك فيه ^(١) إلا بإذنه .

وعن أبى يوسف رحمه الله أيضاً : برواية بشر عن أبى حنيفة رحمه الله لأهل المسجد أن يهدموا مسجدهم ، ويجددوا بناءه ، وليس لغيره أن يفعل ذلك إلا برضاهم .

قال الشيخ الإمام الأجل شمس الأئمة الحلواني رحمه الله : أكثر مشايخنا أخذوا بقوله في هذه المسألة ، وعليه الفتوى .

١٩٤٤٤ - قال فيه أيضاً : إذا قعد الرجل في المسجد لحديث ، أو نام فيه ، أو قام فيه لغير الصلاة ، أو مر فيه مار الحاجة من الحوائج ، فعثر به إنسان ، ومات قال أبو حنيفة رحمه الله : بأنه ضامن ، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله : بأنه لا ضمان عليه إلا أن يمشى فيها على إنسان .

(١) هكذا في ظ و ف وم ، وكان في الأصل : "أن يشترك فيه" .

فأما إذا قعد للعبادة بأن كان ينتظر الصلاة، أو قعد للتدريس، أو لتعليم الفقه، أو للاعتكاف، أو قعد يذكر الله تعالى، ويسبحه، ويقرأ القرآن، فعثر به إنسان فمات، هل يضمن، على قول أبي حنيفة رحمه الله؟ لا رواية لهذا في الكتاب والمشايخ المتأخرون في ذلك مختلفون، منهم من يقول: يضمن عند أبي حنيفة رحمه الله، وإليه ذهب أبو بكر الرازي.

وقال بعضهم: لا يضمن، وإليه ذهب أبو عبد الله الجرجاني، فأما إذا كان يصلى، فعثر به إنسان، فإنه لا ضمان عليه، سواء يصلى التطوع أو الفرض؛ لأن التطوع يصير فرضاً بعد الشروع.

فهما يقولان: إن القعود في المسجد لا للعبادة مأذون فيه شرعاً، ألا ترى أن أهل الصفة كانوا يلزمون المسجد، وكانوا ينامون في ذلك، ويتحدثون بما ليس فيه مآثم، ولم يرو أن النبي ﷺ كان يمنعهم من ذلك، والدليل على أنه مأذون شرعاً أنه ليس لأحد أن يمنعهم من ذلك بخلاف القعود في الطريق؛ لأنه غير مأذون به شرعاً، ألا ترى أنه يمنع من ذلك.

١٩٤٤٥- هذا إذا كان الخلاف في قعود كان لا للعبادة لا غير، وإن كان الخلاف في الفصلين، فالكلام لهما فيه أظهر، وذلك لأن المسجد كما بنى للصلاة بنى لذكر الله تعالى وللاعتكاف فيه، قال الله تعالى: ﴿فِي بُيُوتٍ أُذِنَ لِلَّهِ أَنْ تُرْفَعَ وَيُذْكَرَ فِيهَا اسْمُهُ يُسَبِّحُ لَهُ فِيهَا بِالْغُدُوِّ وَالْآصَالِ﴾^(١)، وقال الله تعالى: ﴿وَمَنْ أَظْلَمُ مِمَّنْ مَنَعَ مَسَاجِدَ اللَّهِ أَنْ يُذْكَرَ فِيهَا اسْمُهُ﴾^(٢)، وقال تعالى: ﴿وَأَنْتُمْ عَاكِفُونَ فِي الْمَسَاجِدِ﴾^(٣)، وقال النبي ﷺ: «المنتظر للصلاة في الصلاة مادام ينتظرها»^(٤)، ثبت أن المسجد كما بنى لإقامة

(١) سورة النور: الآية ٣٦.

(٢) سورة البقرة: الآية ١١٤.

(٣) سورة البقرة: الآية ١٨٧.

(٤) أخرجه البخاري في "صحيحه" ١/٧٦، ٢٠٨، ٢٣٣، ٢٣٤ حديث (١٧٤)، ٥٤٥، ٦٢٣، ٦٢٧ ومسلم في "صحيحه" ١/٤٤٢، ٤٥٩، ٤٦٠ حديث (٦٣٩)، ٦٤٩ وابن خزيمة في "صحيحه" أيضاً ١/١٨٧ حديث (٣٥٧) وفي ١/١٨٧ حديث (٣٦٠) وابن خزيمة ٢/٣٧٨ حديث (١٥٠١) وابن حبان أيضاً في "صحيحه" ٢/١٢٨ حديث (٤٠٢) والحاكم في "المستدرک"

الصلاة بنى لإقامة هذا القرب فيها، وإجماع^(١) أنه لو عثر به إنسان حال إقامة الصلاة فإنه لا يضمن؛ لأنه أقام في المسجد ما له إقامته، فكذلك إذا قعد في المسجد لإقامة ذكر الله تعالى، أو للتدريس، أو لانتظار الصلاة.

وأبو حنيفة رحمه الله يقول: بأن المسجد إنما بنى للصلاة، ولذكر اسم الله تعالى، وما يكون من القرب، فأما لم يبن للعود فيه للحديث، ولا للنوم، فإذا نام فيها، أو قعد للحديث، فقد شغل المسجد بما لم يوضع له، فإذا تولد منه تلف كان مضموناً، وإن كان لا يمنع عنه في الابتداء كما لو جلس في الطريق للاستراحة بأن عي^(٢)، فعثر به إنسان فمات، يضمن، وإنما يضمن لأنه شغل الطريق بما لم يوضع له، وإن كان لا يمنع من ذلك إذا كان لا يضر بالمار، فكذلك هذا، وهذا كما لم يمنع من القعود في فناء داره، ومن إحداث البئر فيه، أو بناء الدكان فيه، ومع هذا إذا عثر به إنسان فمات، فإنه يضمن بخلاف ما لو قعد للتدريس، أو قعد ينتظر الصلاة، أو يذكر الله تعالى، أو يقرأ القرآن على قول من قال: بأنه لا يضمن عنده إذا جلس عنده للعبادة؛ لأنه شغل المسجد بماله شغله، فإن المسجد كما بنى للصلاة بنى لقرب آخر سوى الصلاة.

فأما من قال: بأنه يضمن سواء كان القعود للعبادة أو لغير العبادة يقول: بأن المسجد في الأصل إنما بنى لإقامة الصلاة، ولم يبن لإقامة هذه الأشياء بدليل أنه إذا ضاق المسجد على المصلي كان للمصلي أن يزجج القاعد من موضعه حتى يصلي فيه، وإن كان القاعد مشتغلاً بذكر الله، أو بالتدريس، أو بقراءة القرآن، أو بالاعتكاف، ولو كان المسجد مبنياً لهذه الأشياء لم يكن لغيره أن يزججه عن ذلك، ألا ترى أنه لما بنى للصلاة

١/ ٣٠٥ حديث (٦٨٩) وأبو داود في "سننه" ١/ ٥١ حديث (١٩٩) وفي ١/ ١٢٨ حديث (٤٧١) و١/ ٢٤٧٤ حديث (١٠٤٦) والنسائي في "سننه" ٢/ ٥٥ حديث (٧٣٤) وفي ٣/ ١١٤ حديث (١٤٣٠) والبخاري في "مسنده" ٨/ ١٤٧ حديث (١٨٦٤) والطبراني في "الأوسط" ١/ ٦٦ حديث (١٨٥) والشافعي في "مسنده" ١/ ٧٢، والبيهقي في "الكبرى" ١٠/ ٧٧ حديث (١٩٨٩٣) والدارمي في "سننه" تعليقاً ١/ ٣٨٢، وأحمد في "مسنده" ١/ ١٤٤، وفي ٢/ ٨٨، ١٢٦، ٢٦٦، ٣٩٤، ٤١٥، ٤٢١، ٥٢٨، والطيالسي في "مسنده" ١/ ٣٢١ حديث (٢٤٤٨) وأبو يعلى في "مسنده" ٢/ ٥٠٧ حديث (١٣٥٥).

(١) هكذا في ظ و ف وم، وكان في الأصل: "والإجماع".

(٢) وكان في ف وم: "عنى".

لم يكن للآخر أن يزعم السابق عن مكانه ، وكالطريق لما أعد للمرور إذا ضاق الطريق على الناس ليس للبعض إزعاج البعض ، وهنا لما قالوا : بأن للذي يريد الصلاة أن يزعم القاعد عن مكانه وإن كان القاعد مشغلا بالعبادة كما له إزعاجه إذا كان القعود لغير العبادة ، علم أن المسجد لم يبن لهذه الأشياء ، فكان شاغلا المسجد بما لم يوضع المسجد له في الأصل ، فيكون مباحا له بشرط السلامة كالقعود في الطريق للاستراحة وحفر البئر ، وإحداث الدكان في فناء داره .

وأما قولهم : بأن القعود يباح للنوم وللحديث بدليل ما قال ، قلنا : نعم مباح ، ولكن بشرط السلامة ، ألا ترى أن الانتفاع بفناء داره بربط الدابة وغيره مباح ، حتى لا يكون لأحد أن يمنعه من ذلك إذا كان لا يضر بالمار ، ثم مع هذا إذا عثر به إنسان كان مضمونا عليه .

١٩٤٤٦- قال محمد رحمه الله في "الجامع الصغير" : في رجل يجعل قنطرة على نهر بغير إذن الإمام ، فمر عليها رجل متعمداً ، فيقع فيعطب ، فلا ضمان عليه ، هكذا ذكر المسألة ههنا .

واعلم أن هذه المسألة على وجهين : إما إن كان النهر مملوكا له ، أو لم يكن مملوكا له ، فإن كان مملوكا له ، فلا ضمان عليه ، وإن صار مسببا للتلف ؛ لأنه غير متعد في هذا التسبب .

وإن لم يكن النهر مملوكا له ، فهذا على وجهين : إن كان نهرا خاصا لأقوام مخصوصين ، فلا ضمان عليه إن كان تعمد المرور عليها ، وإن لم يتعمد المرور عليها ، فهو ضامن ، وصار الجواب فيه كالجواب فيما إذا حفر بئرا في ملك إنسان ، فوقع فيها إنسان وعلى قياس ما كتبنا قبل هذا في مسألة الأرض ينبغى أنه إذا لم يجد طريقا آخر يمر فيه ، وموضعا بغير النهر أنه يضمن ، وإن تعمد المشى عليه . فأما إذا كان نهرا عاما لجماعة المسلمين ، وقد فعل ذلك بغير إذن الإمام ، فالجواب فيه كالجواب فيما لو نصب جسرا ، أو قنطرة على نهر خاص لأقوام مخصوصين ، هكذا ذكر في ظاهر الرواية .

وروى عن أبي يوسف رحمه الله في غير رواية الأصول : أنه إذا كان النهر عاما لجماعة المسلمين ، فإنه لا ضمان على واضع القنطرة والجسر ، سواء علم الماشى بذلك أو

لم يعلم .

وجه ما روى عن أبي يوسف رحمه الله في غير رواية الأصول : وهو أنه أقام خشبة في موضع له فيه حق ، ولم يبطل على غيره حقاً له ، فوجب أن لا يضمن ما تولد منه قياساً على ما لو بسط واحد من أهل المحلة حصيراً في المسجد ، فعطب^(١) به إنسان فمات ، وقياساً على ما لو حفر بئراً في المفاوز التي ليست عمر الناس بغير إذن الإمام ، فوقع فيه إنسان فمات .

وإنما قلنا : إنه أقام الخشبة ؛ لأن وضع القنطرة حسبة ، فإنه يندب الإنسان إلى فعله ، ويثاب عليه في موضع له حق ؛ لأن النهر لعامة المسلمين ، فيكون لواضع القنطرة فيه حقاً ، ولم يفوت حقاً على غيره بما فعل ، فإن حق الناس في المرور ، وقد أحیی هذا الحق بما صنع لا أنه فوته بخلاف النهر الخاص ؛ لأنه لا حق له فيه ، والتصرف فيما لا حق للإنسان فيه جناية بخلاف النهر العام ؛ لأن له فيه حقاً ، وبخلاف ما لو حفر بئراً في ممر الناس بغير إذن الإمام ، فإنه يضمن إذا وقع فيه إنسان ، وإن كان حفر البئر حتى يسقى المارة الماء منه حسبة ، وقد فعل ذلك في موضع له فيه حق ؛ لأنه بما صنع أبطل حق الممر على غيره بخلاف ما نحن فيه .

وجه ما ذكر في ظاهر الرواية : وهو أنه إن أقام حسبة في موضع له فيه حق له إلا أنه فوت بما صنع حقاً على غيره ، فإن التدبير والمصلحة في القناطر على الأنهار العظام للإمام ، وقد أبطل هذا الحق على الإمام بغير إذنه ، فكان جناية بهذا الاعتبار ، وكان بمنزلة ما لو حفر بئراً في الطريق العام ليسقى بها المارة ، فوقع فيها إنسان ضمن ، وإن كان ما أقام حسبة ؛ لأنه جناية من حيث إنه أبطل حق المرور على الناس ، وأبطل الرأي والتدبير على الإمام أيضاً بغير إذنه ، فعد ذلك جناية منه ، فضمن بخلاف ما لو بسط الحصير في المسجد واحد من أهل المحلة ؛ لأنه أقام حسبة ، ولم يبطل حقاً على غيره ، فإن التدبير في بسط الحصير ، وفيما يتصل بعمارة المسجد إلى أهل المحلة بخلاف ما نحن فيه .

قياس مسألتنا من تلك المسألة أن لو بسط الحصير واحد من غير أهل المحلة بخلاف

(١) هكذا في ظ ، وكان في الأصل وم وف : "فتعقل" .

ما لو حفر بئراً في المفاضة التي لسيت بمر الناس ، وذلك لأنه أقام حسبة ولم يفوت حقاً على غيره ؛ لأن الانتفاع بالأرض الموات حاصل بإذن الإمام ، وهو قوله ﷺ : « من أحيا أرضاً مواتاً »^(٢١) ، فهي له إلا أن أبا حنيفة رحمه الله يقول : فهي له منفعة لا رقة ، وهما يقولان : منفعة ورقبة ، وإذا كان كذلك فيما صنع لم يفوت حقاً على الإمام ، فأما في مسألتنا هذه لم يرد الإذن من الشرع ينصب القناطر على النهر العام ، إنما ورد في الانتفاع بالأرض الموات ، والأرض الموات ما انقطع عنه منفعة الناس ، فأما ما كان منتفعاً به لا يكون مواتاً ، فيكون نصب القنطرة حاصلًا بغير إذن الإمام ، والتقريب ما ذكرنا .

١٩٤٤٧- وإذا حفر الرجل بئراً في طريق المسلمين في غير زمانه ، فوقع فيها إنسان ، ومات من الوقوع أجمعوا على أنه لا قصاص على الحافر ، وأجمعوا على أنه تجب الدية على عاقلته ولا تجب عليه الكفارة ، ولا يحرم عن الميراث عندنا خلافاً للشافعي رحمه الله ، والقياس أن لا تجب الدية أيضاً كما لا تجب الكفارة ولا يحرم عن الميراث ؛ لأن هذه الأحكام علقت بالقتل شرعاً ، أما الدية والكفارة قال الله تعالى : ﴿ وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٌ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ ﴾ .

وأما حرمان الإرث قال عليه السلام : « لا يرث قاتل بعد صاحب البقرة »^(٣) ،

(١) هكذا في ظوف ، وكان في الأصل وم : " ميتة " .

(٢) أخرجه البخاري في " صحيحه " ٨٢٣/٢ تعليقاً والنسائي في " الكبرى " ٤٠٤/٣ وابن سعد في " الطبقات " ٢٨٤/١ وفي ١٠٤/٣ أيضاً ، وذكره الهيثمي في " مجمع الزوائد " ١٥٧/٤ وابن حجر في " الفتح " ١٨/٥-١٩ ، وفي " الإصابة " ١٢٧/٦ ، وهذا الحديث أخرجه أيضاً ابن حبان في " صحيحه " ٦١٤/١١ حديث (٥٢٠٢) و٦١٤/١١ حديث (٥٢٠٣) والضياء في " الأحاديث المختارة " ٢٩٧/٣ حديث (١٠٩٦ و١٠٩٨) والبيهقي في " الكبرى " ٩٩/٦ حديث (١١٣١٨) والدارقطني في " سننه " ٣٥/٣ حديث (١٤٤) والشافعي في " مسنده " ٢٢٤/١ وأبو داود في " سننه " ١٧٨/٣ والنسائي في " الكبرى " ٤٠٤/٣ حديث (٥٧٥٦) والبزار في " مسنده " ٨٦/٤ حديث (١٢٥٦) والطبراني في " الأوسط " ١٩٠/١ حديث (٦٠١) وأحمد في " مسنده " ٣٠٤/٣ حديث (١٤٣١٠) .

(٣) أخرجه الدارمي في " سننه " ٤٧٨/٢ ، ٤٧٩ ، حديث (٣٠٨٠ و٣٠٨٦) وأحمد في " مسنده " ١/٤٩ حديث (٣٤٦) والربيع في " مسنده " ٢٦١/١ حديث (٦٦٨) والدارقطني ١٢٠/٤ حديث (٣) والبيهقي ١٣٣/٨ تعليقاً وفي ٢٢٠/٦ حديث (١٢٠٢٥) وابن عبد البر في " التمهيد " ٢٣/٤٤٥

والمعلق بالشرط لا يجب قبل وجود الشرط بتمامه، ولم يوجد من الحفر القتل بتمامه؛ لأنه اتصل بالواقع أثر فعله وهو العمق لا حقيقة فعله، فإن حقيقة فعله الحفر، والحفر اتصل بالأرض لا بالواقع، فمن حيث إنه اتصل أثر فعله بالواقع كان قاتلاً، ومن حيث إنه لم يتصل به حقيقة فعله لم يكن قاتلاً، فكان قاتلاً من وجه دون وجه.

والدليل على أن الحافر قاتل من وجه دون وجه، أنا أجمعنا على أن الحفر إذا كان فى ملك الحافر، فوق فيه إنسان فمات، لا يضمن، ولو كان الحافر قاتلاً من كل وجه كالمباشر كان يضمن، وإن كان فى ملكه كالرأى لما كان قاتلاً من كل وجه، يضمن إذا أصاب إنساناً سواء كان الرأى فى ملكه أو غير ملكه، وكالراكب على الدابة إذا وطئت إنساناً بيدها أو برجلها، كان ضامناً وإن كانت الدابة ليس فى ملكه؛ لأنه قاتل من كل وجه، فإن فعله اتصل بالمقتول، وهنا لما أجمعوا أنه لا يضمن إذا كان الحفر فى ملكه، ولأن الحافر ليس بقاتل من كل وجه، وإذا لم يثبت القتل من كل وجه لا يثبت حكمه، وهو الكفارة وحرمان الميراث، كان قضية ما ذكرنا أن لا يثبت الحكم الآخر وهو الدية، لكننا تركنا هذه القضية فى حق وجوب الدية بالإجماع وبالنصوص، أما الإجماع فلأن الأمة أجمعت على وجوب الدية على المسبب.

وأما النصوص فلأن الصحابة رضى الله عنهم أوجبوا الضمان على الناحس، والناخس مسبب، وأوجبوا الدية على العاقلة وإن لم يتصل بالمقتول فعل العاقلة حقيقة، ولا أثر فعلهم، والنص الوارد بإيجاب الدية على المسبب، وإنه قاتل من وجه دون وجه من الوجه الذى بينا، والدية تجب غرامة على المتلف لا جزاء عن القتل حتى لم يتعدد بتعدد الجزاء حتى لو أكره جماعة على قتل واحد لا تجب إلا دية واحدة بالقتل، ووجب عندنا على الصبى والمجنون لا يكون وارداً دلالة فى حق حرمان الميراث والكفارة، وحرمان الميراث الكفارة يجب جزاء على القتل حتى تعدد بتعدد القتل وإن كان المقتول واحداً، وجزاء القتل يجب عقوبة من وجه، والعقوبات مما يحتاط فى درءها، فيرد الكفارة، وحرمان الميراث إلى ما يقتضيه القياس، والقياس أن لا يثبت الحكم ما لم يتم سببه.

وهذا إذا وقع فى البئر، ومات من الوقوع، فأما إذا لم يمت من الوقوع، وإنما مات

فى البر غمّا أو جوعاً هل يضمّن الحافر ، لم يذكر محمد رحمه الله هذا فى الكتاب .

قالوا : وقد ذكر أبو يوسف رحمه الله فى الأمالى خلافاً ، فقال : على قول أبى حنيفة رحمه الله : لا يضمّن الحافر مات غمّا أو جوعاً .

وقال أبو يوسف رحمه الله : إن مات جوعاً ، فالجواب كما قال أبو حنيفة رحمه الله : فأما إذا مات غمّا ، فإنه يضمّن الحافر ، وذهب فى ذلك إلى أن الغم إنما لحقه بسبب ضيق المكان وظلمته ، وضيق المكان ، وظلمته حصلت بسبب الحفر ، فما لحقه من الغم يكون مضافاً إلى الحفر أيضاً ، ألا ترى أن شراء القريب جعل إعتاقاً والعق يثبت بالملك ؛ لأن الملك يثبت بالشراء ، فما يثبت به من العتق يكون مضافاً إلى الشراء ، فكذلك هذا بخلاف الجوع ، فإنه ما لحقه بسبب ضيق المكان وظلمته ، ألا ترى أنه يلحقه ذلك وإن لم يكن المكان ضيقاً ولا مظلماً ، إنما لحقه من جهته لا من جهة الحافر .

وأبو حنيفة رحمه الله يقول : هب ما كان لحقه من الغم مضافاً إلى الحافر إلا أن هذا لا يكفى لوجوب الضمان إذا لم يؤثر الوقوع فيه أثراً كما لو حبس رجلاً فى البر حتى مات غمّا ، فإنه لا ضمان عليه ، فكذلك هذا بخلاف ما لو مات من الوقوع فى البر أو جرحه ؛ لأن أثر فعله وهو العمق أثر فى النفس الواقع ، بخلاف ما نحن فيه .

ثم هذا إذا كان الحفر من الحافر فى طريق المسلمين ، فأما إذا كان الحفر فى فناء داره فوقع فيها إنسان فمات هل يضمّن ؟ إن كان الفناء لغيره يكون ضامناً ؛ لأن فناء الغير فى حق الحافر ووسط الطريق سواء ، فأما إذا حفر فى فناء داره إن كان الفناء مملوكاً له ، أو كان له حق الحفر فى القديم ، فكذا الجواب لا يضمّن وإن كان سبباً ؛ لأنه غير متعد فى التسبب وإن لم يكن له ملكاً ، ولكن كان لجماعة المسلمين أو مشتركاً بأن كان فى سكة غير نافذة ، فإنه يضمّن ؛ لأنه مسبب للإتلاف وهو متعدّ ، فيضمّن ما تولد منه .

قال فى المنتقى : فناء دار الرجل ما كانت داره يحتاج إليه ، وإن^(١) كان فى عرض سكتة ، أو أعرض عنهما ، وإذا أمر رجل رجلاً أن يحفر له بئراً فى أصل حائط جاره وفناءه ، فهذا كله فناء الأمر ، وفناء جاره الذى هو فناء له ، فهو فناءهما ، وإن كانت السكة عريضة جداً ، فأمر بالحفر فى موضع ليس للدار فيه منفعة ، ولا تحتاج إليه الدار ،

(١) هكذا فى ظ وف ، وكان فى الأصل وم : "و" مكان "أو" .

فهذا ليس بفناءه .

١٩٤٤٨- وإذا أوقع إنسان نفسه فى البئر ، فلا ضمان على الحافر ، وكان يجب أن يضمن الحافر النصف ويهدر النصف ؛ لأن الواقع كما هو دافع^(١) فى البئر نفسه فالحافر دافع له أيضاً ، فإنه لولا حفره كان لا يقع فى البئر ، فيكون وقوع الواقع مضافاً إليه وإلى الحافر إلا أن ما تلف بجناية الحافر يكون مضموناً على الحافر ، وما تلف بجناية الواقع على نفسه ، يكون هدرًا إلا أن الجواب أن الأمر كما قلت : إن الواقع دافع نفسه ، والحافر دافع نفسه أيضاً إلا أن الحافر واقع نفسه من حيث التسبب ؛ لأن المتصل بالواقع من الحافر أثر فعله وهو العمق ، والواقع مباشر فى دفع نفسه ؛ لأن المتصل بالواقع من نفسه حقيقة فعله لا أثر فعله ، والأصل أن المباشر والمسبب متى اجتمعا ، وكل واحد منهما متعدّ ، فالضمان على المباشر إذا كان التسبب بحال لا يعمل فى الإتلاف إلا بالمباشرة كما فى المسك مع القائل بخلاف السائق مع الراكب ، فإنهما يشتركان فيما وطئت الدابة .

وإن كان الراكب مباشراً لذلك والسائق سبباً^(٢) ؛ لأن السوق مما يعمل فى الإتلاف بدون الراكب ، فأما العمق الحاصل من أثر فعل الحافر لا يوجب الإتلاف إلا بالمباشر بأن يمشى عليه إنسان ، وهذا بخلاف ما إذا كان الواقع لا يعلم بالبئر ، فإن التلف يضاف إلى الحافر ، وإن كان الحافر مسبباً والواقع مباشراً للإتلاف ، وذلك لأن المباشر هناك غير متعدّ ، ولأنه إنما وقع فى البئر بسبب المشى ، والمشى فى الطريق مباح له والحافر متعدّ ، فكان إضافة التلف إلى المتعدى حتى لا يهدم دم الواقع أولى من إضافة التلف إلى المباشر ، وفيه هدر دم ولم يوجد منه تعدّ ، بخلاف ما إذا كان يعلم بالبئر ؛ لأن الواقع مباشر وإنه متعدّ ، والحافر وإن كان متعدياً إلا أنه مسبب ، ولما استويا فى التعدى كان إضافة التلف بعد هذا إلى المباشر ، والحفر إنما عمل فى الإتلاف ، فالمباشر أولى من إضافته إلى الحفر .

١٩٤٤٩- وإذا حفر الرجل بئراً فى طريق المسلمين ، ثم جاء آخر ، فحفر طائفة فى

(١) هكذا فى ظ ، وكان فى غيرها : " واقع " .

(٢) وفى الأصل : " مسبباً " .

أسفلها، ثم وقع فيها إنسان ومات فإنه فى القياس ينبغى أن يضمّن الأول، وبه نأخذ، فقد تبين بما ذكر^(١) أن القياس أن يضمّن أن هنا وجه استحسان، ولم يذكر جواب الاستحسان.

واختلف المشايخ فيه : منهم من قال : جواب الاستحسان أن يكون الضمان على الأول والثانى ، ووجهه أن الواقع إنما مات من جنايتهما، فإن الأول بالحفر دافع له، والثانى إن لم يكن دافعاً له إلا أنه لو لم يشغل عسى لا يموت، فيكون موت الواقع مضافاً إلى حفرهما، فيكون الضمان عليهما نصفان كرجلين جرحا رجلاً جراحة، ومات المجروح من ذلك، كان الضمان على الجارحين نصفان، كذا هنا.

ومنهم من قال : جواب الاستحسان : أن يكون الضمان على الثانى خاصة، ووجهه أن التلف حصل بتعميق الثانى إلا أن أصحابنا أخذوا بالقياس لقوة وجهه، بيانه أن الحافر الأول دافع له بالحفر، فيعتبر بما لو أخذه بيده ودفعه فى البئر، وأوقعه فى البئر حتى مات.

ولو كان كذلك فإن الضمان يجب على الدافع، وإن كان لولا تعميق الثانى عسى لا يموت الواقع، كذا هنا، وكان كمن حفر بئراً على قارعة الطريق، فجاء إنسان ووضع فى البئر سلاحاً، ثم جاء إنسان، ووقع على السلاح، ومات من ذلك، فإن الضمان على الحافر، وإن كان لولا وضع السلاح فى البئر كان لا يموت الواقع؛ لأن الحافر دافع للواقع بالحفر، فكان بمنزلة ما لو أخذه بيده ودفعه، وأوقعه على السلاح حتى مات، ولو كان كذلك كان الضمان على الدافع، كذا ههنا.

ولو جاء آخر، ووسع رأسها، فوقع إنسان، فمات كان الضمان عليهما نصفان، هكذا ذكر فى الكتاب، وأطلقوا الجواب إطلاقاً، وقد حكى عن الفقيه أبى جعفر الهندوانى : أنه كان يفصل الجواب فى ذلك تفصيلاً، فيقول : إن وسع الثانى توسيعاً بحيث يعلم أن وضع القدم من الواقع لاقى الحفرين جميعاً فالضمان عليهما نصفان كما ذكره فى الكتاب؛ لأن قدم الواقع إذا لاقى الحفرين جميعاً صار الثانى مع الأول دافعين للواقع بالحفر فيكون الضمان عليهما نصفان كما لو أخذه بيده وأوقعه فى

(١) وفى الأصل : "ذكرنا".

البئر .

فأما إذا وسع الثاني شيئاً يسيراً بحيث يعلم أن وضع القدم من الواقع لا يلاقى في موضع حفر الثاني، وإنما يلاقى حفر الأول، فالضمان على الأول دون الثاني؛ لأن وضع القدم إذا لم يلاق حفر الثاني، وإنما لاقى حفر الأول، كان الدافع له الأول دون الثاني، فيجب الضمان على الأول، وإن وسع الثاني توسيعاً بحيث يعلم أن وضع القدم من الواقع لم يلاق حفر الأول وإنما لاقى حفر الثاني، فالضمان على الثاني كأن الثاني كان هو الدافع للواقع دون الأول، وإن كان التوسيع بحيث يجوز أن يكون وضع القدم ملاقياً للحفرين، ويجوز أن لا يكون، فالضمان عليهما نصفان كما في مسألة الميراث، وكان يفصل الجواب على هذا التفصيل .

وحكى عن الشيخ الإمام الزاهد أحمد الطواويسى : أنه كان يقول : إن وسعها بحيث لا يسع فى موضع توسيع القدم، فجاء رجل ووضع قدمه فى وسط البئر وسقط، فالضمان على الأول؛ لأن وضع القدم حصل فى موضع جناية الأول، وإن وضع قدمه فى جانب البئر، فالضمان عليهما نصفان؛ لأن وضع القدم حصل فى موضع جنايتهما لما كان موضع التوسيع لا يسع لوضع القدم، وإن وسعه بقدر ما يسع فيه القدم، فإن وضع هذا لرجل قدمه فى وسط البئر، فالضمان على الأول، وإن وضع قدمه فى جانب البئر، فالضمان على الثاني خاصة؛ لأن وضع القدم حصل فى موضع جناية الثاني؛ لما كان موضع التوسيع يسع لقدمه، فإن كان لا يدرى، فالضمان عليهما نصفان .

١٩٤٥٠- ولو أن رجلاً حفر بئراً فى طريق المسلمين، ثم سدها كلها بتراب أو طين أو جص، فجاء آخر، فاحتفرها، فوقع إنسان فيها، فمات كان الضمان على الثاني، وذلك لأن الأول كبس البئر كما يكبس به البئر، فإنه كبسها بما هو من جنس الأرض، فزال جناية الأول بالكبس، وعاد البئر أرضاً كما كان قبل حفر الأول، فصار حفر الأول وجوده وعدمه بمنزلة، ولو عدم الحفر من الأول حتى حفر الثاني كان الضمان على الثاني، كذا هنا، وكان بمنزلة من وضع حجراً على قارعة الطريق، فجاء إنسان، ونحاه عن ذلك الموضع، ثم تعقل به إنسان كان الضمان على الثاني؛ لأن جناية الأول

قد زالت؛ لأن جناية الأول كان يشغل الطريق بالحجر، وقد زال ذلك الشغل لما نجاه الثاني، فوجب الضمان على الثاني، فكذلك هذا.

فأما إذا كبسها بالحنطة أو المتاع أو بشيء، لا يكبس به الآبار، ثم جاء إنسان، ووقع ذلك، ثم وقع فيها إنسان، فالضمان على الأول، وذلك لأن الحافر الأول لما كبس البئر بما لا يكبس به الآبار لم يزل جنايته بهذا الكبس؛ لأن جنايته كان حفر البئر، واسم البئر على حاله بعد ما كبسه بالطعام والمتاع، ألا ترى أنه يقال: بئر مملوءة من طعام، وإذا بقى الاسم على حاله بقى الحكم المتعلق به إلا أن كبسه بالحنطة والمتاع مع بقاء اسم البئر على حاله كان مانعاً من السقوط بعد وجود علة الإتلاف وهو حفر البئر، فإذا جاء الآخر، ورفع ذلك، فقال: أزال المانع من العلة، والحكم يضاف إلى العلة لا إلى زوال المانع من العلة، ألا ترى أنه من رمى سهماً إلى إنسان، وعلى المرمى إليه ترس، جاء إنسان آخر، ونزع الترس منه حتى أصابه السهم ومات، فالضمان على الرامي، ولم يكن على الذى نزع الترس ضمان؛ لأنه أزال المانع من التلف^(١)، ولم يحدث تلفاً، فكان الضمان على الرامي، وكشهود الحنث فى باب العتاق إذا رجعوا على الانفراد لا يضمنون؛ لأنهم أزالوا المانع من علة التلف، ولم يثبتوا علة التلف، فلم يضمنوا، فكذلك هذا ولهذا إذا شد رأسها واستوثقها، فجاء إنسان، ونقض ذلك، كان الضمان على الأول؛ لأن جناية الأول باقية على حالها، فإنه كان جانيًا بحفر البئر، والبئر باق بعد شد الرأس، فتكون الجناية على حالها إلا أن شد الرأس كان مانعاً من أن يعمل العلة عملها فى الإتلاف، فالثانى أزال المانع من التلف، ولم تحدث علة التلف، وقد ذكرنا أن الحكم يضاف إلى العلة، ولا يضاف إلى زوال المانع.

١٩٤٥١- ولو تعقل رجل بحجر، فسقط فى بئر قد حفرها رجل، كان الضمان على الذى وضع الحجر، وإن حصل التلف من الأمرين جميعاً؛ لأن واضع الحجر صار دافعاً للواقع بوضع الحجر، فيعتبر بما لو أخذه بيده، ودفعه حتى ألقاه فى البئر فمات، ولو كان كذلك كان الضمان على الدافع، فكذلك هذا إذا وضع الحجر واضع، وأما إذا لم يضعه أحد، ولكن كان الحجر راسخاً، فتعقل به إنسان ووقع فى البئر ومات،

(١) وفى "ظ": متلف.

فالضمان على الحافر؛ لأن الحجر وإن صار دافعاً للواقع، وإنه بمنزلة المباشر، والحافر مسبب إلا أن المباشرة مما لا توصف بالتعدي، فإن الحجر لا يوصف بالتعدي، فيجب الضمان على الحافر؛ لأنه متعدي في التسبب، فكان بمنزلة الماشي إذا وقع في البئر، ولم يعلم بالبئر، فالضمان على الحافر، وإن كان الماشي دافعاً نفسه في البئر، وإنه مباشر، والحافر مسبب إلا أن الماشي غير متعدي والحافر متعدياً، فأضيف التلف إلى الحافر، فكذا هذا.

١٩٤٥٢- ومن هذا الجنس ما ذكر في "المنتقى": رجل حفر بئراً على قارعة الطريق، فجاء إنسان، وزلق بماء صبه رجل آخر على الطريق، فوقع في البئر فمات، فالضمان على الذي صب الماء، وإن كان الماء ماء السماء، ضمن صاحب البئر، وإذا سقط الرجل في بئر في الطريق فمات، فقال الحافر: إن الواقع ألقى نفسه فيها عمداً، فلا ضمان على، وقال ورثة الواقع: ولم يلق نفسه في البئر، وإنما وقع في البئر من غير قصده وإرادته، وعليك الضمان كان أبو يوسف رحمه الله يقول أولاً: بأن القول قول ورثة الواقع ويكون الحافر ضامناً، وهو القياس ثم رجع، وقال: القول قول الحافر، ولا ضمان عليه، وهو الاستحسان.

وجه قوله الأول وهو القياس ظاهر، وهو أن ورثة الواقع فيما يدعون يشهد لهم الظاهر، والحافر يدعى خلاف الظاهر؛ لأن الظاهر من حال العاقل أنه لا يلقي نفسه في التهلكة قاصداً لذلك، وإنما يقع في البئر من غير قصده وإرادة الوقوع والقول قول من يشهد له الظاهر في الدعاوى.

وأما وجه قوله الأخير: وهو الاستحسان أن ورثة الواقع يدعون على الحافر ضمناً، والحافر ينكر، فيكون القول قوله؛ لأن فراغ ذمته عن الحقوق أصل والشغل عارض.

أما قوله: لأن الظاهر شاهد لورثة الواقع، قلنا: نعم إلا أنه يصلح للدفع، ولا يصلح حجة للاستحقاق على الغير، وورثة الواقع يريدون أن يجعلوا هذا الظاهر حجة لإيجاب الضمان على الحافر، والظاهر لا يصلح لمثل هذا، وإذا لم يصح الظاهر حجة للاستحقاق وجب النظر في الدعوى والإنكار، فورثة الواقع يدعون على الحافر ضمناً

فى الحاصل ، والحافر منكر فىكون القول قول الحافر .

١٩٤٥٣- وإذا احتفر الرجل بئراً فى طريق مكة فى المفاوز والفيافي فى غير عمر الناس ، فوق فيه إنسان ، فإنه لا ضمان عليه ، ؛ لأنه غير متعدّ فى هذا التسبب ؛ لأن له الارتفاق بهذا الموضع من حيث النزول ، وضرب الفسطاط عليه من غير شرط السلامة ؛ لأنه ليس فيه إبطال حق المرور على الناس ، فكأن له الارتفاق به أيضاً من حيث الحفر إما للطبخ أو لاستيفاء^(١) الماء من غير شرط السلامة ، وإذا كان له ارتفاق به من حيث الحفر لم يكن متعدياً فى هذا التسبب ، والمسبب إذا لم يكن متعدياً فى التسبب لا يضمن ، وهذا بخلاف ما لو حفر بئراً فى الطريق فإنه يصير ضامناً ؛ لأن له ارتفاق من حيث المرور فى الطريق ، وليس له الارتفاق من حيث الحفر ؛ لما فيه من إبطال حق المرور على الناس ، وإذا لم يكن له الارتفاق بالحفر كان متعدياً فى الحفر ، فما تولد منه يكون مضموناً عليه .

١٩٤٥٤- وإذا حفر بئراً على قارعة الطريق ، فوق فيها إنسان ، وسلم من الوقعة ، وطلب الخروج منها ، فتعلق حتى إذا كان فى وسطها سقط وعطب ، فلا ضمان ، ولو مشى فى أسفلها ، فعطب بصخرة فيها ، فإن كانت الصخرة فى موضعها من الأرض ، فلا ضمان ، وإن كان صاحب البئر أقلعها من موضعها ، ووضعها فى ناحية البئر ، فعلى صاحب البئر الضمان ، هكذا ذكر فى "المنتقى" .

١٩٤٥٥- وفيه أيضاً : عبد حفر بئراً على قارعة الطريق ، فجاء إنسان ، ووقع فيها ، فعفا عنه المولى ، ثم وقع فيها آخر ، فعلى المولى أن يدفعه كله ، أو يفديه فى قول أبى حنيفة رحمه الله .

وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله : يدفع إليه نصفه كأنهما وقعا معاً ، فعفا عنه ولى أحد الواقعين .

١٩٤٥٦- وفيه أيضاً : رجل مات ، وترك داراً وعليه من الدين ما يستغرق قيمتها ، فحفر ابنه فيها بعد موته ، فهو ضامن لنقصان الحفر للغرماء ، فإن وقع فيها إنسان ومات ، فعليه ضمان ذلك على عاقلته .

(١) هكذا فى "ظ" ، وكان فى الأصل : لاستقاء الماء ، وكان فى "م" : لاستفاد .

وفيه أيضاً : محمد رحمه الله عن أبي يوسف رحمه الله فى عبد حفر بئراً ، ثم أعتقه مولاه ، ثم وقع العبد المعتق فى البئر ومات ، قال : على المولى قيمته لورثته ، وقال محمد رحمه الله : لا أرى عليه شيئاً ، ولو أعتقه المولى أولاً ، ثم حفر ، ووقع فيها ، فلا شىء على المولى بلا خلاف .

١٩٤٥٧- وفى "نوادير ابن سماعة" عن أبي يوسف رحمه الله : مكاتب حفر بئراً فى الطريق ، ثم قتل إنساناً ، ففضى عليه بقيمته ، ثم وقع فى البئر إنسان ومات ، قال : يشترك ولى الساقط فى البئر الذى أخذ القيمة فيها ، قال : وكذا المدبر .

قال : وإذا جاء ولى الساقط فى البئر ، فأخذ الذى أخذ قيمة المدبر من مولاه لم يكن بينه وبين الذى أخذ القيمة خصومة ، ولا أقبل بينة عليه ، وإنما أقبل بينة على مولى المدبر ، فإذا زكيت البينة على المولى ، يرجع على الذى أخذ القيمة بنصفها .

١٩٤٥٨- ولو أن عبداً قتل إنساناً ، ودفعه المولى به ، ثم وقع إنسان فى بئر كان حفره العبد قبل ذلك عند الدافع فمات ، فإن الذى دفع إليه العبد يدفع نصفه إلى ولى الساقط فى البئر ، أو يفديه بالدية ، ولو عفا ولى الساقط فى البئر لم يرجع إلى المولى شىء من العبد ، ولا خصومة فى هذه المسألة بين ولى الساقط وبين المولى الأول ، وإنما يخاصم الذى فى يديه العبد .

١٩٤٥٩- ولو أن مدبراً حفر بئراً فى الطريق ، ثم أعتقه المولى ، أو مات المولى حتى عتق المدبر بموته ، ثم أوقع المدبر نفسه فى تلك البئر ، ثم مات ، فلورثته قيمته فى تركة المولى ، قال : ألا ترى أنه لو كان عبداً فباعه ، ثم أوقع العبد نفسه فى البئر ، كان للمشتري قيمته على البائع ؛ لأنه جنى به عند البائع .

وكذلك لو كان مكان المدبر عبداً ، أو أعتقه المولى ، وقد ذكرنا قبل هذا مسألة العبد على الخلاف بين أبي يوسف ومحمد رحمهما الله .

١٩٤٦٠- وإذا حفر الرجل نهراً فى غير ملكه ، فانشق من ذلك النهر ماء ، فغرق أرض أو قرية كان ضامناً ، ولو كان فى ملكه ، فلا ضمان ، لأنه متعدّ فى الفصل الأول ، وليس بمتعديّ فى الفصل الثانى .

وإذا حفر نهراً أو بئراً في داره، فنزّت من ذلك أرض غيره، أو حائط لغيره وفسد،
لا ضمان عليه، قالوا: وهذا إذا انشق من الماء بحيث يحتمله ملكه في العرف والعادة،
وأما إذا كان بحيث لا يحتمله ملكه، فإنه يضمن؛ لأنه حيثئذ يكون مباشراً، وهذا
الجواب نظير الجواب فيما إذا سقى أرضه، وتعدى إلى أرض جاره، وقد عرف مسألة
السقى في كتاب الشرب - والله أعلم - .

الفصل السادس عشر

فى الرجل يأمر غيره بالحفر والبناء، وأشباه ذلك فى الطريق وغيره

١٩٤٦١- وإذا استأجر الرجل أجيراً ليحفر له بئراً، فحفر الأجير، ووقع فيها إنسان ومات، فهذا على وجهين: الأول: أن يستأجر الأجير ليحفر له بئراً فى الطريق، وإنه على وجهين أيضاً: الأول: أن يكون طريقاً معروفاً، فالعامة المسلمين يعرفه كل أحد، وفى هذا الوجه يجب الضمان على الأجير، أعلمه المستأجر بذلك، أو لم يعلمه؛ لأن الطريق إذا كان معروفاً لعامة المسلمين على الوجه الذى قلنا، فالأجير يعلم فساد الأمر؛ إذ ليس لأحد من عرض الناس حفر البئر فى طريق العامة، فيجعل وجود هذا الأمر فى حق الأجير وعدمه بمنزلة، ولو عدم الأمر، وحفر الأجير بنفسه كان الضمان على الحافر، كذا هنا، وإن كان الطريق لعامة المسلمين إلا أنه طريق غير مشهور، فإن أعلم المستأجر الأجير، بأن هذا الطريق لعامة المسلمين، فكذا الجواب أيضاً؛ لأن الأجير قد علم بفساد هذا الأمر.

فأما إذا لم يعلمه بذلك فالضمان على الأمر لا على الأجير؛ لأن كل واحد مسبب للتلّف^(١)، والأجير غير متعدّد؛ لأن الأجير حسب أن الطريق ملك المستأجر على ما عليه ظاهر حال الأمر؛ لأن الظاهر أن المسلم لا يأمر بالحفر فى طريق العامة، فالأجير اعتمد ظاهراً، يبيح له الحفر، فلم يكن متعدّياً، والمستأجر متعدّد؛ لأنه علم أن الطريق لعامة المسلمين، فكان الضمان على المستأجر من هذا الوجه، وهذا بخلاف ما لو استأجر أجيراً للذبح شاة فذبحها، ثم علم أن الشاة لغيره، فإن هناك الضمان على الأجير أعلمه المستأجر أن الشاة للغير، أو لم يعلمه؛ لأن هناك الأجير مباشر، والمباشر ضامن متعدّياً كان أو غير متعدّد، ثم يرجع إذا لم يعلم بفساد الأمر، وهنا الأجير مسبب، والمسبب إنما يضمن إذا كان متعدّد.

الوجه الثانى: إذا استأجره ليحفر له بئراً فى الفناء، فهر على وجهين: إن كان

(١) هكذا فى الأصل و"ظ"، وكان فى "ف" و"م": سبب التلّف.

الفناء لغير المستأجر وقد علم الأجير بذلك، أو أعلمه المستأجر بذلك، فالضمان على الأجير^(١)؛ لأنه علم بفساد الأمر، فكان حافراً بغير أمره، وإن لم يعلم الأجير أن الفناء للمستأجر، ولم يعلمه المستأجر بذلك، فالضمان على المستأجر.

وإن كان الفناء للمستأجر إن قال للأجير: لى حق الحفر فى القديم، فالضمان على المستأجر؛ لأنه أخبر بصحة الأمر، فصار حفره بأمره كحفره بنفسه، وإن قال له: ليس لى حق الحفر فى القديم، وإنما هو فناء دارى، فالقياس: أن يكون الضمان على الأجير؛ لأنه علم بفساد الأمر لما قال له المستأجر: ليس لى حق الحفر فى القديم، فصار حافراً بغير أمره، وفى الاستحسان: الضمان على المستأجر؛ لأن الفناء جعل كالمملوك لصاحب الدار حتى كان لصاحب الدار الانتفاع به ما ليس لغيره نحو إلقاء الثلج، وكسر الحطب، وربط الدواب والقعود عليه، وبناء الدكان، ولكن بشرط السلامة، وإنما ثبت له هذه الانتفاعات بحكم ملك الرقبة؛ لأنه لم توجد إجارة ولا إعارة، وإذا كان كذلك صار كأن الأمر فى ملكه، فصح، وإذا صح الأمر، صار كأن الأمر حفر بنفسه، فيجب الضمان عليه، هذه الجملة من شرح شيخ الإسلام.

١٩٤٦٢- وفى "المنتقى": رجل جاء بقوم إلى طريق من طرق المسلمين، وقال: احفروا لى هنا بئراً، أو قال: ابنوا لى هنا بيتاً، أو لم يقل: لى، ففعل فإن ضمان ما عطب به من ذلك على الأمر دون الفاعل، ذكر المسألة مطلقة، وتأويلها ما إذا لم يكن الطريق مشهوراً لعامة المسلمين ولم يعلمهم المستأجر بذلك كما ذكر شيخ الإسلام.

وذكر عقيب هذه المسألة رجل جاء بقوم، وقال: احفروا لى فى هذه الطريق بئراً، أو لم يقل: استأجرتكم على حفره ففعلوا، فضمان هذا على الحافر، قال: وكذلك إذا جاء بهم إلى أصل حائط، وقال: احفروا فى أصل هذا الحائط بئراً، ولم يقل: لى، ولم يستأجرهم على ذلك، فظنوا أنه فناء الأمر، وكذلك لو أدخلهم داراً، وقال لهم: احفروا فيها، فحفروا، فظنوا أنها دار الأمر، فهو على أن يقول: لى، أو يستأجرهم على ذلك.

وذكر بعد هذا عن بشر بن الوليد عن أبى يوسف رحمه الله: رجل استأجر رجلاً،

(١) وكان فى الأصل: الأجير.

فحفر له في غير فناء، وبين له ذلك أو لم يبين، وكان غير مشكل، فوقع فيها إنسان ومات، قال أبو حنيفة رحمه الله: الضمان على الحافر، وقلت أنا: الضمان على الأمر.

وفيه رواية مجهولة رجل أمر رجلاً أن يضع حجراً على الطريق، فوضعه وعطب به الأمر، فضمنه على الواضع.

وكذلك إذا قال: ابن دكاناً على بابك ينتفع به، فبنى، وعطب به الأمر، وكذلك لو كان الأمر هو الذي بنى ذلك للمأمور بأمره، ثم عطب به الأمر كان المأمور الذي بنى ذلك له بأمره ضامناً له، وكذلك لو أمر رجلاً أن يطرح حجراً من فوق حائطه إلى الطريق، فتدحرج الحجر، فأصاب الأمر فقتله كان على الطارح دية الأمر، ويحرم الميراث، ولو ثبت الحجر مكانه في الطريق، فعثر به الأمر كانت ديته على الذي ألقى الحجر، ولا يحرم الميراث.

١٩٤٦٣- وإذا استأجر الرجل قوماً ليشرعوا له جناحاً أو ظلة من داره ففعلوا ذلك، فأصاب إنساناً فقتله، فهذا على وجهين: إن قال المستأجر للفعلة: ابنوا جناحاً لى في فناء دارى وحانوتى فإنه ملكى، أو لى حق إشراع الجناح إليه فى القديم، ولم يعلم الفعلة بخلاف ذلك، فأشروعوا ثم سقط على إنسان ومات، فإن الضمان يجب على العملة، ثم يرجعون بذلك على الأمر قياساً واستحساناً، سواء سقط قبل الفراغ من العمل أو بعد الفراغ من العمل؛ لأنه أمره بالبناء فى ملكه وحقه، ولم يعلم المأمور فساد الأمر، فإذا لحق المأمور بسبب ما عمله له ضمان كان قرار ذلك على الأمر.

واعتبر بما لو استأجر إنساناً ليدبح شاة ثم جاء مستحق واستحق الشاة وضمن الذابح كان للأجير أن يرجع بذلك على الأمر، وكما لو استأجر صبيّاً ليقتل^(١) رجلاً، فقتل حتى ضمن عاقلة الصبي، فإن عاقلة الصبي يرجعون على عاقلة الأمر، فذلك هذا، وإن قال المستأجر للعملة: اشروعوا لى جناحاً على فناء دارى، وأخبرهم أنه ليس له حق إشراع الجناح فى القديم أو لم يخبرهم، فشرعوا فى العمل، ثم سقط، فأصاب إنساناً إن كان قبل فراغ الفعلة من العمل، فالضمان على الفعلة، ولا يرجعون بذلك على الأمر قياساً، وفى الاستحسان: يكون لهم الرجوع على الأمر.

(١) هكذا فى "ظ"، وكان فى غيرها: بأن يقتل.

وجه القياس في ذلك وهو أن المستأجر أمر الفعلة بما لا يملكه بنفسه وقد علموا بفساد الأمر، فلا يكون لهم الرجوع بما ضمنوا على المستأجر قياساً على ما لو استأجر رجلاً على أن يذبح شاة جارية له فذبح، فإن الذابح يضمن الجارية، ولا يرجع بذلك على الأمر، ودليله ما لو سقط قبل فراغهم من العمل، ودليله ما لو استأجرهم ليبنوا له بناء في وسط الطريق، أو يحفروا له بئراً في وسط الطريق لا في فناء داره وحانوته، فعطب به إنسان ومات، فإن الفعلة يضمنون، ولا يرجعون بذلك على الأمر.

وجه الاستحسان في ذلك: وهو أن الأمر صح من وجه ولم يصح من وجه، وذلك لأن فناء داره مملوك له من وجه من حيث إنه يباح له الانتفاع به بشرط السلامة، وغير مملوك له من وجه، فإنه لا يجوز له بيعه، فيصح الأمر من وجه، ولا يصح من وجه، ولو كان الأمر صحيحاً من كل وجه وجب الضمان على المأمور، وكان له الرجوع بما ضمن على الأمر سواء كان قبل فراغه من العمل أو بعد فراغه.

ولو كان الأمر فاسداً من كل وجه بأن أمره بالبناء على قارعة طريق المسلمين، كان الضمان على العامل في الأحوال كلها، ولم يرجع بذلك على الأمر، فإذا كان الأمر صحيحاً من وجه فاسداً من وجه وفرنا على الأمرين حفظهما، فقلنا: من حيث إن الأمر صحيح من وجه إذا سقط قبل الفراغ يجب الضمان على الأمر، كأنه فعل بنفسه، ومن حيث إن الأمر لم يصح من وجه قلنا: إذا سقط قبل الفراغ يجب الضمان على العامل، ولا يرجع على الأمر كأنه عمل بنفسه توفيراً على الأمرين حفظهما بقدر الإمكان، فكان إظهار شبه الصحة بعد الفراغ من العمل أولى من إظهاره قبل الفراغ؛ لأن أمر الأمر إنما يصح من حيث إنه يملك الانتفاع بفناء داره، وإنما يحصل له المنفعة بعد الفراغ من العمل، فكان إظهار شبه الصحة بعد الفراغ من العمل أولى من إظهاره قبل الفراغ.

الفصل السابع عشر

فى جناية البهائم والجناية عليها

١٩٤٦٤- يجب أن يعلم بأن جناية الدابة لا تخلو من ثلاثة أوجه : إما أن يكون فى ملك صاحب الدابة، أو فى ملك غيره، أو فى طريق المسلمين، فإن كان فى ملك صاحب الدابة، ولم يكن صاحبها معها، فإنه لا يضمن صاحبها واقفة كانت الدابة، أو سائرة وطيت بيدها، أو برجلها أو نفخت بيدها، أو برجلها، أو ضربت بيدها، أو كدمت، وإن كان صاحبها معها إن كان قائداً لها أو سائقاً لها، فكذا لا يضمن صاحبها فى الوجوه كلها؛ لأن صاحب الدابة فيما جنت الدابة فى هذه الوجوه مسبب وليس بمباشر، لأنه لم يتصل فعله بالمتلف حتى يكون مباشراً، وإنما اتصل به أثر فعله بواسطة فعل مختار وهو الدابة، وهذا هو حد التسبب، إلا أن المسبب إنما يضمن إذا كان متعدياً، ولا يضمن إذا كان غير متعد، وصاحب الدابة فى إيقاف الدابة وتسييرها ليس بمتعدٍ، فلا يضمن، وإن كان صاحب الدابة راكباً على الدابة، والدابة تسير إن وطيت بيدها أو رجلها يضمن، وعلى عاقلته الدية، وتلزمه الكفارة، ويحرم عن الميراث، وإن كدمت، أو نفخت برجلها أو يدها، أو ضربت بذنبها، فلا ضمان؛ لأن فى الوجه الأول صاحب الدابة مباشر للإتلاف؛ لأن فعله وفعل الدابة اتصل بالمتلف، فكأنما وطئه جميعاً، ولهذا يجب على الراكب الكفارة إذا وطئت الدابة بيدها أو رجلها، ويحرم عن الميراث، والمباشر ضامن، سواء كان متعدياً أو لم يكن.

أما فى الوجه الثانى صاحب الدابة مسبب؛ لأنه لم يتصل فعله بالمتلف، والمسبب إنما يضمن إذا كان متعدياً، وهو ليس بمتعدٍ بتسيير الدابة فى ملكه.

أما إذا كان جناية الدابة فى ملك غير صاحب الدابة، فهذا على وجهين : إما إن دخلت فى ملك الغير من غير إدخال صاحبها بأن كانت منفلة، وفى هذا الوجه لا ضمان على صاحبها، وإما إن دخلت بإدخال صاحبها، وفى هذا الوجه صاحب الدابة ضامن فى الوجوه كلها، سواء كانت واقفة أو سائرة، وسواء كان صاحبها معها ليسوقها

أو يقودها، أو كان راكباً عليها؛ لأن صاحب الدابة في بعضها مباشر، وفي بعضها مسبب متعدّد؛ إذ ليس له إيقاف الدابة وتسييرها في ملك الغير.

وأما إذا كانت جنابة الدابة في طريق المسلمين فهذا على وجهين: إن كانت الدابة واقفة في طريق المسلمين أوقفها صاحبها، فصاحب الدابة ضامن ما تلف بفعل الدابة في الوجوه كلها؛ لأن بإيقاف الدابة على الطريق صار مسبباً للتلف وهو متعدّد في هذا التسبب؛ إذ ليس له شغل طريق المسلمين بإيقاف الدابة؛ لأن الطريق للسلوك والسير لا للإيقاف وإن كانت سائرة، ولم يكن صاحبها معها، فإن سارت بإرسال صاحبها، فصاحبها ضامن مادام تسيير في وجهها ذلك لم تسر يميناً وشمالاً؛ لأن إرسال الدابة في طريق المسلمين بلا حافظ يحفظها تسبب الإتلاف، وهو متعدّد في هذا التسبب، ما تولد منه يكون مضموناً، وإن^(١) سارت لا بتسيير صاحبها بأن كانت منفلة، فلا ضمان على صاحبها في الوجوه كلها، وإن كان صاحبها معها وهي تسيير، فإن كان صاحبها راكباً عليها، فما وطئت بيدها، أو رجلها، أو كدمت بفمها، فصاحبها ضامن لذلك؛ لأن فيما وطئت بيدها أو رجلها، فصاحبها مباشر للتلف، وفيما كدمت بفمها صاحبها مسبب لأنه يمكن حفظ الدابة عنه؛ لأن الكدم يكون بين عينيه، فيمكن إبعاد الدابة عن المتلف، وإبعاد المتلف عن الدابة، والجواب فيما إذا كان قائداً لها نظير الجواب فيما إذا كان راكباً عليها.

فإن قيل: ينبغي أن لا يضمن صاحب الدابة في هذه الصورة؛ لأنه غير متعدّد؛ لأن له المرور في طريق المسلمين كما له المرور في ملكه، ولهذا لا يضمن ما نفخت برجلها أو ضربت بذنبها في هذه الصورة.

فالجواب: طريق المسلمين يشبه ملكه من وجه من حيث إن المرور له مباح في الطريق كما هو مباح له في ملكه، ويشبه ملك الغير من حيث إنه ليس له في طريق المسلمين ملك يطلق له التصرف فيه فوفرنا على الشبهين حظهما فيما كان فيه مسبباً للإتلاف، فقلنا: إذا كان سبباً يمكنه حفظ الدابة والتحرز عنه يعتبر فيه متعدّياً، وذلك كالكدم في حق الراكب والوطء باليد والرجل، والكدم في حق القائد؛ لأن كل ذلك

(١) وكان في الأصل: "وإذا" مكان "وإن".

يكون بين عينيّه، وجعل فى حق هذه الأشياء طريق المسلمين ملحقا بملك الغير، وقلنا: إذا كان شيئاً لا يمكن حفظ الدابة والتحرز عنه، لا يعتبر فيه متعدياً، وذلك كالنفخة بالرجل والضرب بالذنب؛ لأن النفخة بالرجل والضرب بالذنب يكون وراء الراكب والقائد ولا يكون بين عينيّهما، وجعل فى حق النفخة والضرب بالذنب فى حق الراكب والقائد طريق المسلمين ملحقا ملكه .

وأما السائق هل يضمن النفخة؟ اختلف المشايخ وذكر محمد رحمه الله فى "الأصل" ما يدل على القولين .

وجه قول من قال : بأنه يضمن أن النفخة تكون بين عيني السائق، فيمكنه إبعاد الدابة عن المتلف وإبعاد المتلف عن الدابة، وإلى هذا ذهب الشيخ أبو الحسن القدورى وجماعة من مشايخ العراق .

وجه قول من قال : لا يضمن أن الأمر كما قلتم أن النفخة تكون بين عيني السائق إلا أنه لا يمكنه التحفظ عن ذلك، فإنه ليس على رجل الدابة شىء يمكنه منع الدابة عن ذلك بخلاف الكدم، فإنه يكون بين عيني السائق، والتحفظ عنه ممكن، فإن فى فم الدابة اللجام، وبه يقدر الراكب والقائد على منع الدابة متى أراد الكدم، وإلى هذا القول مال مشايخنا .

١٩٤٦٥- وإذا سار الرجل فى طريق المسلمين على دابة، فرائت فى سيرها، أو بالت فى سيرها فى الطريق، أو سال لعابها، فعطب إنسان بذلك، فلا ضمان عليه؛ لأنه مسبب للتلف، وليس بمتعدّ فيه؛ لأنه لا يمكنه التحفظ والتحرز عن ذلك، وكذلك لو وقعت للروث أو للبول، فإن أوقفها صاحبها لغير ذلك، فبالت أو راثت، فعطب بها إنسان، فهو ضامن .

والفرق وهو أنه ليس فى وسعه صيانة الدابة عن الروث، ولا منعها عن الوقوف لذلك، فإن من الدواب ما لا تروث، ولا تبول إلا بعد الوقوف، فلا يجب على صاحبها الصيانة عن ذلك، فلا يكون متعدياً فى ذلك، فأما فى وسعه أن لا يوقفها لغير البول، وله حق المرور لا حق الوقوف، فيكون متعدياً فى إيقاف الدابة، فما تولد منه يكون مضموناً عليه .

١٩٤٦٦- وإذا سار على دابة في طريق المسلمين، فأصابته بيدها أو برجلها نواة أو حجراً صغيراً، ففقد عين إنسان، أو أثار غباراً، فأفسد متاع إنسان، لم يضمن، وإن كان حجراً كبيراً، ضمن، والفرق أنه لا يمكن صيانة الدواب عن المرور على الحجر الصغير والنواة والغبار، فلا تجب عليه الصيانة عن هذا، ولا يصير متعدداً بترك الصيانة، أما صيانة الدواب عن المرور على الحجر الكبير ممكن، فتجب الصيانة عن ذلك، فيصير بترك الصيانة متعدداً فيضمن، وقيل: لو غنف على الدابة يضمن في ذلك كله.

١٩٤٦٧- وفي القدوري: أن من أوقف دابته على باب المسجد الأعظم، أو على باب مسجد من مساجد المسلمين، فنفخت برجلها إنساناً، فهو ضامن، وهو نظير إيقافه الدابة في الطريق؛ لأنه ليس بمأذون في إيقاف الدابة في هذا الموضع، فيصير متعدداً بالإيقاف، فما تولد منه يكون مضموناً عليه.

قال: وإن كان الإمام جعل للمسلمين عند باب المسجد موقفاً يوقفون فيه دوابهم، فلا ضمان عليه، فما أصابت في وقوفها، أو حدث منها في ذلك الموقف؛ لأن الإمام إذا جعل بعض الطريق لوقوف دوابهم، فكأنه أقطعهم ذلك القدر، وللإمام أن يقطع بعض الطريق إذا لم يضر بالمسلمين، فصار الإيقاف مأذوناً، فلا يكون سبب ضمان.

ولو أوقف دابته في سوق الدواب فرمحت، لا ضمان على صاحبها؛ لأن الوالي أذن للناس في إيقاف الدواب في ذلك، وما كان بإذن الإمام لا يصير سبب ضمان، وعلى هذا السفينة المربوطة في الشط.

ومن أوقف دابة على باب السلطان، وقد توقف الدواب على بابه، قال محمد رحمه الله: هو ضامن لما أصابت الدابة، فمحمد رحمه الله لا يرى باب السلطان مثل موقف الدواب حين تباع.

١٩٤٦٨- وإذا أوقف الرجل دابة في أرض أو دار مشتركة بينه وبين غيرهم أنها أصابت شيئاً بيد أو رجل، فالقياس أن يضمن النصف اعتباراً للبعض بالكل، ألا ترى أنه لو حفر بئراً في دار مشتركة، أو بنى في دار مشتركة حائطاً بغير إذن شريكه، فتعقل بالحائط إنسان، أو وقع في البئر إنسان، ومات ضمن النصف وطريقه ما قلنا، وفي الاستحسان: لا يضمن شيئاً؛ لأن هذا من جملة السكنى، ألا ترى أن المستعير

والمستأجر يملكان ذلك ، وإذا كان ربط الدابة من جملة السكنى كان بمنزلة وضع المتاع فى الدار المشتركة والقعود فيها ، وذلك ليس بسبب الضمان ، وجعل نصيب كل واحد منهما فى حق صاحبه فيما يرجع إلى السكنى ، وما كان من جملة السكنى كأنه ملكه إذ لو لم يجعل كذلك لمنع كل واحد عن الدخول والقعود ووضع الأمتعة ، فيتعطل عليهما منافع ملكهما ، وهذا مما لا وجه له ، ولا سبيل إليه ، وصار القياس متروكاً فيما كان من جملة السكنى بخلاف ما لو حفر البئر ، وأنشأ البناء ؛ لأنه ليس من جملة السكنى ، ألا ترى أن المستأجر والمستعير لا يملكان ذلك ، وفيما ليس من السكنى لا ضرورة ، فلا يترك القياس .

بعض مشايخنا قالوا : هذا إذا أوقف الدابة فى موضع توقف فيه الدواب ، وأما إذا أوقفها فى موضع لا توقف فيه الدواب يضمن فيه ما هلك بفعل الدابة قياساً واستحساناً ؛ لأن إيقاف الدابة فى مثل هذا الموضع ليس من السكنى ، فيعمل فيه بحقيقة القياس .

١٩٤٦٩- وإذا أوقف الرجل دابته فى طريق المسلمين ولم يربطها ، فسارت عن ذلك المكان وأتلفت شيئاً ، فلا ضمان على صاحبها ؛ لأنه قد ذهبت جنابته ، فإنه كان جانياً بإيقاف الدابة من حيث إنه شغل طريق المسلمين بما ليس له شغله ، فإذا انتقلت الدابة عن ذلك المكان ، فقد زال ذلك الشغل ، فزال سبب الضمان .

ولو أوقفها فى الطريق مربوطة ، فجالت فى رباطها ، فأصاب شيئاً إن أصابت بعد ما انحل الرباط ، وزال عن مكانه ، لا ضمان على صاحبها ، وإن أصابت والرباط على حاله ، ضمن ما جنت وإن زال الشغل عن مكان الإيقاف ؛ لأن ربطه قائم ، فيجعل قيام ربطه كابتداء ربطه فى المكان الذى انتقلت إليه الدابة ، ولو كان كذلك ضمن ، كذا هنا ، أو نقول : هو محسك للدابة فى أى موضع ذهب ما دام فى موضع رباطها ، معناه چندانى كه درازى رسن است .

١٩٤٧٠- وإذا سار الرجل على دابته فى الطريق فضربها وأكسجها باللجام ، فضربت^(١) برجلها أو بذنبها ، لم يكن عليه شىء ؛ لأنه لا بد للراكب من الضرب وكج

(١) هكذا فى "ف" و "م" ، كان فى الأصل : فضربته .

للجام لاستخراج السير مخرج الصرف من السير ، وصار الحال بعده كالحال قبله ، وقبل الضرب يضمن الراكب ما وطئت الدابة بيدها أو رجلها ، أو كدمت ، ولا يضمن ما نفخت برجلها ، أو ضربت بذنبها ، فكذا هنا .

١٩٤٧١ - وإذا سار الرجل على دابته في الطريق فنخسها رجل أو ضربها بغير إذن الراكب ، فنفخت رجلا ، فقتلته^(١) كان ذلك على الناحس والضارب دون الراكب ؛ لأن كل واحد منهما سبب للإتلاف ؛ لأن من عادة الدواب النفخة والوثبة عند النخس إلا أن الراكب غير متعدي ؛ لأن له المرور في الطريق ، والناחס متعدي ، فكان الضمان على الناحس من هذا الوجه ، وهذا إذا كانت النفخة والوثبة في فور النخس .

فأما إذا انقطع فوره فلا ضمان عليه ؛ لأن الجناية قد زالت ، وإذا نفخت ، فقتلت الناحس كان دمه هدرًا ؛ لأن التلف مضاف إلى نخسه ، لا إلى تسيير صاحب الدابة ، ألا ترى لو قتلت الدابة رجلا آخر ، كانت ديته على الناحس ، وأضيف التلف إلى نخسه ، كذا هنا ، فصار الناحس قاتلا نفسه ، فيكون دمه هدرًا .

ولو ألفت صاحبها الذي عليها من النخسة ، فديته على الناحس كما لو قتلت رجلا آخر ، ولو وثبت من نخسه على رجل فقتلته ، أو أوطأت رجلا فقتلته ، فالضمان على الناحس دون الراكب .

وفي المسألة نوع إشكال ؛ لأن الناحس مسبب والراكب مباشر ؛ لأن فعله اتصل بالركوب .

والجواب أن الراكب وإن كان مباشراً إلا أنه مدفوع إلى ذلك غير مختار ؛ لأن الدابة هي التي وثبت ، فصار فعل الراكب مضافاً إلى الدابة ، فصار منقولاً إلى الدابة ، وإذا صار فعل الراكب منقولاً إلى الدابة لم يكن الراكب مباشراً ، فتعذر إيجاب الضمان على الراكب بالمباشرة ، وتعذر إيجابه بالتسيب ؛ لأنه لم يكن متعدياً في التسيب ، وأما الناحس متعدي في التسيب ، فأجبنا الضمان على الناحس ، لهذا قال محمد رحمه الله في "الجامع الصغير" : وكل شيء ضمنه الراكب ضمنه السائق والقائد ، وفي "الأصل" قال : والراكب والسائق والقائد سواء في الضمان .

(١) وكان في "ظ" : فقتله .

من مشايخنا من قال : أراد بقوله : الراكب والسائق والقائد سواء في الضمان حالة الانفراد ، فأما حالة الاجتماع : فالسائق لا يضمن ما وطئت الدابة مع الراكب ؛ لأن الراكب مباشر والسائق مسبب ، والمسبب لا يضمن مع المباشر كالدافع مع الحافر ، ولكن هذا لا يصح ، فإن محمداً رحمه الله ذكر في "الأصل" : أن الراكب إذا أمر آخر ، فنخس الدابة ، فأوطأت إنساناً كان الضمان عليهما ، وعلل فقال : لأن الناحس سائق ، والآخر راكب ، فقد بين بما سبق أن الراكب والسائق في ضمان ما وطئت الدابة مشتركان ، ولا يختص به الراكب ، فالوجه في ذلك أن المسبب مع المباشر إنما لا يضمن ، إذا كان السبب شيئاً لا يعمل في الإتلاف ، متى انفرد عن المباشرة كما في الحفر ، فإن الحفر بانفراده لا يوجب التلف بحال ما لم يوجد الدفع الذي هو مباشرة الإتلاف لفقه أن الحفر إذا كان لا يعمل في التلف إلا بالمباشرة ، وهو الدفع صار عمل الحفر في الإتلاف وحكمه ، وهو التلف مضافاً إلى الدفع متى كان الدافع عالمًا بالحفر ، وإن كان لولا الحفر لكان لا يتلف بالدفع .

هذا كما قالوا في سفينة مملوءة من الطعام إذا جاء رجل ، وطرح فيها مناً زائداً ، فغرقت السفينة ، كان الضمان كله على الذي وضع المن الزائد ، وإن كان لولا ما تقدم من الأحمال كان لا تغرق السفينة بالمن الزائد ؛ لأن ما تقدم من الأحمال بانفراده لم يكن موجباً للتلف ، وإنما عمل في الإتلاف المن الزائد ، وصار العمل مع حكمه وهو الفرق مضافاً إلى واضع المن الزائد .

وكذا في مسألة الحفر ، وإذا صار عمل الحفر في الإتلاف مضافاً إلى الدافع ، صار كأن الدافع هو الحافر أيضاً ، ولو كان الدافع هو الحافر ، كان الضمان عليه خاصة ، ولم يجب على غيره ، كذا هنا .

فأما الركوب على الدابة بانفراده عامل في إتلاف ما أوطأت الدابة من غير سائق ، وكذا السوق بانفراده عامل من غير أن ينخسها إنسان ، وكذا نخس الدابة بانفراده عامل في إتلاف ما أوطأت الدابة من غير أن يكون على الدابة راكب ، وإذا كان كل واحد منهما عاملاً في الإتلاف عند الانفراد ، فإذا اجتمعا لم يجز أن يضاف عمل السوق في الإتلاف إلى الركوب ، فبقى التلف مضافاً إليهما ، والضمان كما يجب بالمباشرة ، يجب

بالتسبیب، فأجبنا الضمان علیهما نصفان، ولا كفارة علی السائق والقائد؛ لأنهما مسیینان، وعلی الراكب الكفارة لأنه مباشر.

١٩٤٧٢- وإذا كان الرجل یسیر علی الدابة فی الطريق، فنخسها رجل یأذن الراكب وأمره، فنفخت وهو یسیر، فلا ضمان علی الناحس^(١) لأن نخس الناحس بأمر صاحب الدابة، وقد صح الأمر؛ لما أنه أمر بالتصرف فی ملكه بمنزلة نخس صاحب الدابة، ولو أن صاحب الدابة نخسها بنفسه لاستخراج السیر، فنفخت إنساناً لا یضمن؛ لأن النفخة مما لا یضمنها الراكب، كذا هنا، ولو وطئت رجلاً فی سیرها، وقد نخسها هذا بأمر الراكب وإذنه كانت الدية علیهما نصفان إذا كان الوطء فی فور النخسة، وقد مر هذا، ولا یرجع الناحس علی الراكب، وإن كان النخس بأمر الراكب؛ لأن الراكب أمره بالنخس، والنخس ینفك عن الإیطاء فی الجملة، فلم یكن من ضرورة الأمر بالنخس الأمر بالإیطاء.

وإذا كان الناحس عبداً، فما أصاب الدابة فی فور النخس، فهو فی رقبته، یدفعه مولاه أو یفديه، محجوراً كان أو مأذوناً؛ لأن العبد یؤخذ بضمان الفعل، والنخس فعل، وقد صار ذلك سبباً للتلف، وكذلك إذا كان الناحس صبیّاً حرّاً، فهو والرجل سواء؛ لأن الصبی یؤخذ بضمان الفعل.

وإذا كان یسیر فی الطريق علی دابته، فأمر عبداً حتی نخسها فنفخت، فلا ضمان علی العبد، ولا علی رب الدابة؛ لما ذكرنا أنه لو أمر حرّاً بذلك، والمسألة بحالها لا ضمان علی واحد منهما، فكذا إذا أمر عبداً، وإن وطئت إنساناً فی هذه النخسة وقتلته، فالضمان علیهما نصفان: النصف علی عاقلة الراكب، والنصف فی عنق العبد یدفعه مولاه، أو یفديه كما لو أمر حرّاً بذلك، ثم یرجع مولی العبد علی الأمر بقيمة العبد، إذا كان قيمة العبد أقل من نصف الدية، وكان العبد المأمور بالنخس محجوراً علیه؛ لأن الأمر صار مستعملاً لعبد الغیر فی عمل من أعماله بغير إذن مولاه.

ومن استعمل محجوراً علیه بغير إذن المولی یصیر غاصباً، فما لحق العبد من ضمان الجنایة فی حالة الاستعمال، یكون قرار ذلك علی المستعمل، وإن كان العبد

(١) وفی "م": "علی أحد" مكان "علی الناحس".

المأمور مأذوناً له ، فمولى العبد المأمور لا يرجع على الأمر بما لحقه من الضمان ، ؛ لأن استعمال العبد هنا حصل بإذن المولى ؛ لأن سوق دابة الغير داخل تحت الإذن بالتجارة ؛ لأنه من أعمال التجارة لا بد للتجار منه فى إعانة بعضهم بعضاً ، ومن استعمل عبد الغير بإذنه ، فما لحق العبد من ضمان الجناية فى حالة الاستعمال يكون قرار ذلك على المولى ، والجواب فى الأمر بسوق الدابة وقودها نظير الجواب فى الأمر بنخسها .

وإن كان الراكب عبداً ، فأمر عبداً آخر بسوق الدابة ، فوطئت إنساناً فهذه المسألة على وجوه : الأول : أن يكون الأمر والمأمور مأذونين فى التجارة ، وفى هذا الوجه الضمان عليهما فى عنقهما نصفان يدفعان بذلك ، أو يفديهما مولاهما ، وقد ذكرنا قبل هذا أن السائق مع الراكب يشتركان فى ضمان ما أوطأت الدابة ، ولا يرجع مولى العبد المأمور على العبد الأمر بشىء .

الوجه الثانى : إذا كان العبد المأمور محجوراً ، والأمر مأذوناً ، وفى هذا الوجه أيضاً الضمان عليهما فى عنقهما ، وإذا دفع مولى المأمور عبده ، أو فداه بنصف الدية ، رجع بقيمة عبده على الأمر بخلاف الفصل الأول ، والوجه فى ذلك أن فى الفصل الأول الأمر استعمل عبد الغير بإذنه ، وفى الفصل الثانى استعمله بغير إذنه .

الوجه الثالث : إذا كان محجورين ، وفى هذا الوجه الضمان عليهما ، وفى رقبتهما أيضاً .

وإذا دفع مولى العبد المأمور عبده ، أو فداه بنصف الدية ، لا يرجع على العبد الأمر فى الحال بشىء ، وإذا عتق ، رجع عليه بقيمة ، وهذا لأن مولى المأمور لو رجع على الأمر رجع بسبب الأمر ، والأمر قول ، والمحجور لا يؤاخذ بضمان القول للحال ، وإنما يؤاخذ به بعد العتق بخلاف ما إذا كان الأمر مأذوناً ؛ لأن المأذون يؤاخذ بضمان القول للحال كالحر .

الوجه الرابع : إذا كان الأمر محجوراً عليه ، والمأمور مأذوناً ، وفى هذا الوجه الضمان عليهما فى عنقهما أيضاً ، وإذا دفع مولى العبد نصف عبده ، أو فداه ، لا يرجع على العبد الأمر ، لا فى الحال ، ولا بعد العتق ، وإن استعمل عبد الغير إلا أنه استعمله بإذن مولاها ؛ لما ذكرنا أن النخس داخل تحت الإذن فى التجارة .

١٩٤٧٣- وفي "المنتقى": رجل واقف على دابته فى الطريق فأمر رجلا أن ينخس دابته فنخسها، فقتلت^(١) رجلا، وطرحت الأمر، فدية الرجل الأجنبى على الناخس والراكب جميعاً، ودم الأمر بالناخس هدر، ولو سارت عن موضعها، ثم نفخت من فور النخس، فالضمان على الناخس دون الراكب، وإن لم يسر، ونفخت الناخس ورجلا آخر وقتلها، فدم الأجنبى على الناخس والراكب، ونصف دية الناخس على الراكب، ولو لم يوقفها الراكب على الطريق، ولكن حرنت^(٢) فوقفت فنخسها هو أو غيره لتسير، فنفخت إنساناً، فلا شىء عليهما.

١٩٤٧٤- وفيه أيضاً: رجل اكرى من آخر دابة ليذهب عليها فى حاجة له، فأتبعه صاحبها، فله أن يسوقها، فإن وقف الراكب فى الطريق على أهل مجلس، فنخس بها صاحب الدابة، أو ضربها، أو ساقها، فنفخت الدابة وهى واقفة، فقتلت إنساناً، فالضمان على الراكب والسائق جميعاً، كان الراكب أمره بالسياق إذا كان له أن يسوق.

١٩٤٧٥- وفيه أيضاً: صبى ركب دابة بأمر أبيه، ثم إن الصبى الراكب أمر صبياً فنخسها، فالقول فيه إذا كان مأذوناً كالقول فى الكبير، وإن كان لم يؤذن له فى ذلك، فأمر صبياً حتى نخسها فسارت ونفخت، فعلى الناخس الضمان، ولا شىء على الراكب، وإن أمره بذلك لأن أمره باطل، وإن أوطأت إنساناً فقتلته، وكان سيرها من النخسة، فالدية على عاقلة الناخس، ولا يرجعون بذلك على عاقلة الراكب، فقد أوجب كل الدابة على عاقلة الناخس فى هذه الصورة، وإنه يخالف المسائل المتقدمة التى مرت آنفاً، ويوافق المسألة التى مرت قبل هذا بثلاثة أوراق^(٣).

١٩٤٧٦- وفيه أيضاً: رجل ركب دابة رجل قد أوقفها ربه فى الطريق، فنفخت إنساناً فقتلته، فالضمان على ربه وعلى الراكب نصفين.

١٩٤٧٧- وإذا أوقف الرجل دابة رجل فى الطريق وربطها وغاب، فأمر رب

(١) هكذا فى "ظ" و"ف" و"م"، وكان فى الأصل: فنقلت.

(٢) حرنت: ... الدابة: وقفت حين طلب جريها ورجعت القهقرى.

(٣) وكان فى الأصل: أوراق المتقدمة.

الدابة رجلا حتى نخسها، فنفخت رجلا، أو نفخت الأمر، فديته على الناحس، وإن كان الأمر أوقفها في الطريق، ثم أمر رجلا حتى نخسها فقتلت رجلا، فديته على الأمر والناحس نصفان.

١٩٤٧٨- رجل أذن لرجل أن يدخل داره وهو راكب، فدخلها فوطئت دابته على شيء، كان ضامنا له، وإن كان سائقا أو قائدا، فلا ضمان، هكذا ذكر في "المنتقى"، قال ثمة: وأصله أن كل شيء أصابه خارجا من الدار، وكان عليه فيه الكفارة، فدخل منزل رجل بأمره وإجازته وأصابه، فإنه يضمن، وكل شيء أصابه خارجا من الدار، ولم يكن عليه فيه كفارة، فدخل منزل إنسان بأمره وأصابه، لم يضمن.

رجل أدخل بعيرا معلما في دار رجل، وفي الدار بعير صاحبها، فوقع عليه المتعلم فقتله، فقد اختلف المشايخ، منهم من قال: لا ضمان على صاحب المعلم.

وقال بعضهم: إن أدخل صاحب المتعلم المعلم بغير إذن صاحب الدار، فعليه الضمان، وإن كان أدخلها بإذنه، فلا ضمان، وبه أخذ الفقيه أبو الليث رحمه الله، وعليه الفتوى؛ لأن إدخال البعير في دار الغير بغير إذنه جناية، فما تولد منه يكون مضمونا.

١٩٤٧٩- وإذا ربط حماره على موضع، فجاء رجل آخر وربط حماره على ذلك الموضع، فعرض أحد الحمارين الآخر، فقد ذكرنا هذه المسألة في كتاب الغصب والضمان.

١٩٤٨٠- قال محمد رحمه الله في "الجامع الصغير": في الرجل يقود قطارا من البعير، فأوطأ بعير إنسانا فقتله، فديته على عاقلة القائد.

وفي الأصل يقول: رجل قاد قطارا من الإبل في طريق المسلمين فما أوطأ أول القطار أو آخره بيد أو رجل أو صدم إبل رجلا فقتله فالقائد ضامن ولا كفارة، أما الضمان فلأنه قائد الكل؛ لأن زمام أول القطار في يده، وزمام القطار بعضه متصل ببعض فالقائد لأول يكون قائدا لآخر، والقائد ضامن ما وطئت الدابة بيد أو رجل، وقد مر هذا من قبل، ولا كفارة؛ لما مر قبل هذا.

وإن كان معه سائق يسوق الإبل إلا أنه تارة يتقدم، وتارة يتأخر، فإنهما يشتركان

فى الضمان ؛ لأن السائق سائق لكل بحكم اتصال الأزمة ، كما أن القائد قائد لكل بحكم اتصال الأزمة ، وبأن تقدم مرة ، وتأخر أخرى ، لا يخرج من أن يكون سائقاً لكل ؛ لأن أثر سوقه فى الأول لا ينقطع بالتأخر ، وأثر سوقه فى الآخر لا ينقطع بالتقدم .

وإن كان معهما آخر فى وسط القطار ، فما أصاب مما خلف هذا الذى فى وسط القطار ، أو مما قبله ، ف ضمان ذلك عليهم أثلاثاً ، يريد به إذا كان هذا الذى يمشى فى وسط القطار ، يمشى فى جانب من القطار ، ولا يخط زمام بعير يقود ما خلفه ؛ لأنه سائق لوسط القطار فيكون سائقاً لكل بحكم اتصال الأزمة .

فأما إذا كان الذى فى وسط القطار آخذ بزمام بعير يقود ما خلفه ، ولا يسوق ما قبله ، فما أصاب مما خلف هذا الذى فى وسط القطار ، فلا ضمان فيه على القائد الأول ؛ لأن القائد الأول ليس بقائد لما خلف ، هذا لما لم يكن زمامه ما خلف هذا متصلاً بزمام ما قبله ، وإنما الضمان فيه على هذا لأنه قائد ؛ لما خلفه ، وما أصاب مما قبل هذا الذى فى وسط القطار ، ف ضمان ذلك على القائد الأول ، ولا شىء فيه على هذا الذى فى وسط القطار ؛ لأنه ليس بقائد ؛ لما قبله ، ولا سائق له حتى لو كان سائقاً له يشارك الأول فى الضمان .

١٩٤٨١ - قال فى "المنتقى" : إذا قاد الرجل قطاراً وخلفه سائق وأمامه راكب على بعير ، فوطئ بعير الراكب إنساناً ، فالدية عليهم أثلاثاً .

وكذلك إذا وطئ بعير مما خلف الراكب إنساناً ، وإن وطئ بغير إمام الراكب ، فهو على القائد والسائق نصفان ، ولا شىء على الراكب .

وذكر فى "المنتقى" : مسألة القطار بعد هذا فى صورة أخرى ، وأوجب الضمان على القائد ، وعلى من كان قدام البعير الذى أوطأ من الركبان ، قال : وليس على من خلفه من الركبان شىء إلا أن يكون إنسان منه يزجر ويسوق ، فيكون عليه وعلى السائق الذى خلفه يشتركون جميعاً فيه ، وأصل هذا أن يكون قائداً نائماً وإن لم يرده ، ولا يكون سائقاً ، إلا بعمل سوق وزجر .

١٩٤٨٢ - قال محمد رحمه الله فى "الجامع الصغير" : رجل قاد قطاراً فى طريق

المسلمين، فجاء رجل ببعير، وربطه بالقطار والقائد لا يعلم به، أو علم، فأصاب ذلك البعير إنساناً، فضمنه على عاقلة القائد دون الرابط، وإن كان كل واحد منهما مسبباً للإتلاف، وهو متعدّ في ذلك؛ لأن الرابط في القيادة ينزل منزلة التسبب من المباشرة؛ لأن التلّف لم يتصل بالرابط، واتصل بالقيادة، فهو معنى قوله: الرابط من القيادة بمنزلة التسبب من المباشرة، وإيجاب الضمان على المباشر أولى، ثم يجب الضمان على القائد، علم بذلك أو لم يعلم؛ لأن هذا ضمان مباشرة، وضمن المباشرة لا يختلف بالعلم وعدم العلم.

وهل يرجع على عاقلة الرابط؟ ينظر إن علم بالرابط لا يرجع؛ لأن الرابط هو الذى أوقعه فى هذه الورطة، والقائد لم يرض به من حيث لم يعلم، ولم يفصل محمد رحمه الله فى "الجامع الصغير" بينما إذا ربط البعير بالقطار والقطار واقف لا يسير، وبينما إذا ربطه والقطار يسير.

وفى بعض كتب "النوادر": أن القطار إن كان لا يسير حالة الربط، فقادها القائد بعد الربط، لا يرجع القائد على عاقلة الرابط، علم القائد بربطه أو لم يعلم، وإن كان القطار يسير حالة الربط، فالقائد يرجع على عاقلة الرابط، إذا لم يعلم القائد بربطه، وهذا لأن الربط متى حصل فى حال ما كان من القطار واقفاً، فالقائد إنما قاد ببعير الرابط بغير أمره؛ لأن الرابط لم يأمره بالقيادة لا نصّاً ولا دلالةً، ومن قاد ببعير غيره بغير أمره، وضمن ما أصاب البعير، لا يرجع بما ضمن على صاحب البعير.

فأما إذا ربط والقطار يسير، فالقائد قاد ببعير الرابط بإذنه دلالة، فإذا لحقه الضمان بسبب القيادة ينظر إن لحقه بسبب يمكنه تحفظ البعير عنه كان قرار الضمان على القائد، وإن لحقه بسبب لا يمكنه تحفظ البعير عنه، كان قرار الضمان على الرابط، فإن كان القائد لا يعلم بربط البعير، لا يمكنه تحفظ البعير عن الإتلاف وإن كان يعلم، يمكنه تحفظ البعير.

١٩٤٨٣- وفى "المتقى": وإذا سار الرجل على دابة وخلفه رديف وخلف الدابة سائق وأمامها قائد، فأوطأت إنساناً، فالدية عليهم أرباعاً، وعلى الراكب والرديف الكفارة.

وإذا سار الرجل على دابته فى الطريق، فعثرت بحجر وضعه رجل، أو بدكان بناه رجل، أو بماء قد صبه رجل، فوقعت على إنسان وأتلفه، فالضمان على الذى وضع الحجر، وبنى الدكان، وصب الماء؛ لأنه سبب للإتلاف، وهو متعدّ فى هذا التسبب، ولا ضمان على الراكب؛ لأنه بمنزلة المدفوع والمكره.

١٩٤٨٤- وفى "الكفالة": إذا أرسل كلباً أو دابة، فأصاب فى فوره شيئاً يضمن فى الدابة دون الكلب والطيور.

وفى "الجامع الصغير": رجل أرسل صيداً، وفى بعض النسخ: رجل أرسل طيراً، وأراد به بازياً، فقتل صيداً مملوكاً، فلا ضمان على المرسل.

قال فى "الجامع الصغير": وكذلك إذا أرسل كلبه إرسالاً، ولم يكن سائقاً له، فأصاب فى فوره، لم يضمن، وكذلك إذا أرسل كلبه على إنسان، فعقره أو مزق ثيابه، لم يضمن إلا أن يسوقه، وفى آخر جنائيات "الأجناس": إذا أغرى كلبه على رجل، لا يضمن فى قول أبى حنيفة رحمه الله، وهذا لأن البازى والكلب عاملان باختيارهما، فلا يضاف فعلهما إلى المرسل، بل يبقى مقصوراً عليهما، وفعل البهيمة هدر، فلهذا لا يضمن المرسل، بأن كان سائقاً للكلب والبازى، ومعناه أنه كان خلفهما، ضمن فى الكلب دون البازى.

والفرق أن الكلب يحتمل السوق كسائر الدواب، فأما البازى فلا يحتمل ذلك فهدر سوقه، ولم يهدر سوق الكلب، فأضيف إليه فعل الكلب، وإن كان مختاراً؛ لأنه محمول عليه من جهته، فأضيف فعله إليه فيما يصلح آلة له، كما أضيف فعل المكره إلى المكره فيما يصلح آلة له.

وعن أبى يوسف رحمه الله: أنه أوجب الضمان فى أموال الناس فى هذا كله، سواء كان صاحب الكلب سائقاً له أو لم يكن، وجعل الإرسال بمنزلة السوق ما لم يعترض على الإرسال ما يقطعه، وأشار فى "الزيادات" إلى الضمان، وأشار إلى أن الإرسال بمنزلة السوق إلا أن هناك وضع المسألة فى الصيد.

وذكر الفقيه أبو الليث فى "شرح الجامع الصغير": من أرسل كلبه، وأصاب فى

فوره إنساناً، ضمن المرسل وإن لم يكن صاحب الكلب سائقاً له، وأشار إلى^(١) أنه مادام فى فوره، فكأنه خلفه.

ولو أرسل دابته فى طريق المسلمين، فما أصاب فى وجهها ذلك، فصاحبها ضامن لذلك باتفاق الروايات، فرق بين الدابة وبين الكلب والبازى على^(٢) بعض الروايات.

والفرق أن إرسال الدابة فى الطريق إذا لم يتبع مع الدابة، وأمكنه الاتباع تعد من صاحبه، فما تولد منه، يكون مضموناً عليه، وأما إرسال الكلب والبازى من غير اتباع معه، ولا يمكنه الاتباع ليس بتعد منه، والمسبب فى الإلتلاف لا يضمن إلا إذا كان متعدياً، وإن انعطفت الدابة يميناً وشمالاً، وأصابت شيئاً، فلا ضمان على صاحبها إذا كان لها فى طريق فى وجهها ذلك؛ لأن بالانعطاف إذا كان لها طريق فى وجهها ذلك، ينقطع أثر الإرسال، فينقطع الإرسال أيضاً.

وعلى هذا الكلب إذا انعطف يميناً وشمالاً، وأصاب شيئاً، فلا ضمان على صاحبه على قول من يقول: بالضمنان على مرسل الكلب، بخلاف السهم إذا انعطف يميناً وشمالاً من غير رد شىء؛ فإنه لا ينقطع ذلك الرمى.

والفرق أنه ليس للسهم فعل، فما أصاب يكون مضافاً إلى الرامى ما لم يرده شىء، وأما الدابة فلها فعل، فجاز أن يقطع ذلك الإرسال.

هذا إذا كان لها طريق فى وجه الإرسال، وإن لم يكن لها طريق فى وجه الإرسال، وإنما الطريق لها يميناً وشمالاً لا غير فانعطف، فإن الإرسال لا ينقطع حتى لو أصابت شيئاً بعد الانعطاف، كان الضمان على المرسل، وإن وقفت، ثم سارت، فما أصابت بعد ذلك، فلا ضمان على صاحبها؛ لأن بالوقوف ينقطع أثر الإرسال وهو السير، فينقطع الإرسال، وعلى هذا حكم الكلب على قول من يقول بالضمنان على مرسل الكلب، فإن رده راد إن لم يرتد، ومضى فى وجهه ذلك، فما أصاب شيئاً بعد ذلك، فالضمنان على المرسل، فصار وجود هذا الرد وعدمه بمنزلة.

(١) وفى الأصل: "إليه" مكان "إلى".

(٢) وكان فى الأصل: فى.

وإن ارتد، ثم وقف، ثم سار، فأصاب شيئاً، لا ضمان على المرسل، ولا على الراد، أما على المرسل فلأن إرساله قد انقطع لما ارتدت برد الراد، وأما على الراد فلأن الرد من الراد تسيير للدابة، ولكن في وجه آخر، فينقطع بوقوفها، كما تنقطع إرسال الأول بوقوفها، وإذا ارتدت ولم تقف ومضت في الوجه الذي رده الراد إليه، فأصاب شيئاً، فالضمان على الراد؛ لأنها سارت برد الراد، فمادام يمضي في وجه الراد يكون الإرسال مضافاً إليه، فيكون سيره مضافاً إليه.

والجواب فيما إذا أفسدت الدابة زرع إنساناً بعد ما أرسلها المالك في وجهها، أو بعد ما انقطعت كالجواب فيما إذا أصابت آدمياً إذ المعنى لا يوجب الفصل، وحكى عن الشيخ الإمام أبي بكر محمد بن الفضل البخاري فيمن أرسل بقرة من القرية إلى أرضه فدخل في زرع غيره فأكل إن كان له طريق غير ذلك لا يضمن، وإن لم يكن له طريق غير ذلك يضمن، فأما إذا أخرجت الدابة من المربط وأفسدت زرع إنسان، أو تركها في المرعى، فأفسدت زرع إنسان، فلا ضمان، وكذا السنابير والكلاب، إذا أفسدت شيئاً من أموال الناس، فلا ضمان على صاحبها، والأصل فيه قوله عليه السلام: «جرح العجماء جبار»^(١).

١٩٤٨٥- وفي غصب "النوازل": صاحب الزرع إذا قال لصاحب الدابة: إن دابتك في زرعى، فأخرجها صاحبها، فأفسدت في حال إخراجها، فإن لم يأمر صاحب الزرع صاحب الدابة بالإخراج، فصاحب الدابة ضامن، وإن أمره بالإخراج، فلا ضمان عليه، هكذا اختار الفقيه أبو الليث، وكان الفقيه أبو نصر يقول: بالضمان في الوجهين جميعاً.

ومن وجد دابة إنسان في زرع، فأخرجها من زرع، فجاء ذئب وأكلها، فقد اختلف المشايخ فيه: بعضهم قالوا: يضمن، وهذا القائل يقول: ليس لصاحب الزرع أن يخرج الدابة إنما له أن يأمر صاحبها بإخراجها، وقال بعضهم: إن أخرجها ولم يسقها فلا ضمان، وإن ساقها بعد ما أخرجها، فهو ضامن، وبه كان يفتي الشيخ الإمام أبو بكر محمد بن الفضل، والقاضى الإمام على السغدى، وكان الفقيه أبو نصر الدبوسى

يقول : إن ساقها بعد ما أخرجها إلى موضع يأمن على زرعه منها، فلا ضمان، وإن كان أكثر من ذلك، فهو ضامن، والفتوى على ما اختاره الفضلى، وقد ذكرنا بعض هذه المسائل فى كتاب الغصب .

١٩٤٨٦- وفى "فتاوى الفضلى" : سئل عن رجل أصاب فى زرعه ثورين ليلاً، فساقهما إلى مربطه، وظن أنهما لأهل قريته، فأراد أن يربطها، فدخل أحدهما المربط وهرب الآخر وتبعه، فلم يظفر به، هل لصاحبه أن يطالبه بضمانه وقيمته؟ قال : إذا لم يقدر على من يشهد على نفسه أنه إنما أخذه ليرده على صاحبه لم يضمن إلا أن يكون إنما أخذه، ومن نيته أن يمنعه عن صاحبه، فيجب عليه الضمان، فقليل له : أرأيت إن كان هذا نهراً، فقال : إن كان الثور لغير أهل القرية، كان حكمه حكم اللقطة إن ترك الإشهاد مع القدرة عليه على أنه يأخذه، أو يحبس في مربطه ليرده على صاحبه، ضمن، وإن لم يجد من يشهد كان ذلك عذراً له، وإن كان الثور لأهل قريته، وأخرج من زرعه، ولم يرد على ذلك، لا يضمن إذا ضاع الثور، وإن ساقه بعد ما أخرج من زرعه ضمن؛ لأن حكم ما يكون لأهل قريته من الثيران لا يكون فى النهار حكم اللقطة، وإنما يكون حكمه حكم اللقطة فى الليل، أما فى النهار حكمه حكم الغصب فيضمن أشهد أم لم يشهد؛ لأن الثور إذا كان لأهل قريته لا يخاف عليه الضياع فى النهار، وإنما يخاف عليه الضياع فى الليل .

١٩٤٨٧- الراعى إذا وجد فى سرحه بقرة أجنبية، فطردها قدر ما يخرج عن سرحه، فلا ضمان عليه .

١٩٤٨٨- وإذا وجد فى كرمه، أو زرعه دابة رجل، وقد أفسدت شيئاً، فحبسها صاحب الكرم أو الزرع، فهلك ضمن صاحب الكرم أو الزرع قيمتها؛ لأنه ليس له ولاية الحبس .

١٩٤٨٩- إذا أدخل دابته فى دار رجل بغير إذنه، فأخرجها صاحب الدار فهلك لا يضمن، ولو وضع^(١) ثوباً فى بيت رجل بغير إذنه فرمى به صاحب البيت، وكان ذلك حال غيبة المالك، ضمن قيمة الثوب؛ لأن كون الدابة فى بيته يضر به، فكان له دفعه عن

(١) وكان فى الأصل : وقع .

نفسه بإخراج الدابة ، أما كون الثوب فى بيته لا يضر به ، فلا يكون له ولاية إخراج الثوب ، فيصير بإخراجه ضامناً له .

١٩٤٩٠- رجل له كلب عقور فى قرية ، كلما مر به مار عضه ، فلأهل القرية أن يقتلوا هذا الكلب ، فإن كان عض^(١) إنساناً فقتله ، فإن كان ذلك قبل التقدم على صاحبه ، فلا ضمان ، وإذا كان بعد التقدم على صاحبه ، فعليه الضمان بمنزلة الحائط المائل إذا سقط ، وهناك المسألة على هذا التفصيل ، فهنا كذلك ، ذكر المسألة فى "فتاوى سمرقنديان" ، وقد كتبناها مع مسائل آخر من هذا الجنس فى كتاب الاستحسان : الجنایة على الدابة ، ذكر فى "فتاوى أهل سمرقند" ، قال بعض مشايخنا : إذا قطع الرجل يد دابة غيره يريد به دابة لا يؤكل لحمها ضمن قيمتها ، ولا يقال : بأن على قول أبى حنيفة رحمه الله يقال لرب الدابة : إما أن تأخذها ولا تضمنه ، وإما أن تدفعها إليه ، وتضمنه كما قال أبو حنيفة رحمه الله فيمن فقأ عيني عبد .

والفرق أن العبد قد ينتفع به بعد فقء العينين ، فلو دفعنا إلى المولى قيمة العبد يحصل له القيمة مع العبد ، ونقص منافعه ، أما الدابة التى قطع رجلها لا ينتفع بها بوجه من الوجوه ، فهى كالهالكة ، وإن كانت الدابة مأكولة اللحم ، فالمالك بالخيار إن شاء ضمنه قيمتها ، وتركها على الغاصب ، وإن شاء أخذها ، وضمنه النقصان ، هكذا ذكر المسألة هنا .

١٩٤٩١- وذكر فى "العيون" : وقال أبو حنيفة رحمه الله : إذا استهلك إنسان البغل أو الحمار بقطع يده أو بذبحه ، فإن شاء صاحبه ضمنه قيمته وسلمه له ، وإن شاء حبسه ولا يضمنه شيئاً ، وقال محمد رحمه الله : إن كان له قيمة بعد قطع اليد ، فإن شاء ضمنه ودفعه إليه ، وإن شاء ، حبسه وضمنه النقصان .

قيل : والفتوى على قول أبى حنيفة رحمه ، وهذا فى غير مأكول اللحم ، فأما فى مأكول اللحم إذا ذبحه إنسان ، فليس له أن يمسه ، ويأخذ النقصان ، ولكن إن شاء أخذ قيمته ، ودفعه إلى الذابح ، وإن شاء أمسكه ، ولا شىء له .

ولو ذبح حمار غيره ، فللمالك أن يمسه ، ويضمنه النقصان ؛ لأن للجلد قيمة ،

وإن قتله قتلاً، فليس له أن يضممه النقصان، وهذا التفصيل إنما يتأتى على قول محمد رحمه الله، أما على قول أبي حنيفة رحمه الله : ليس له أن يضممه النقصان في الوجهين جميعاً إن حبسه .

١٩٤٩٢- وفي "فتاوى الفضلى" : إذا قطع الرجل يد دابة إنسان، أو رجلها إن كانت لا يוכל لحمها، فعلى الجاني قيمتها، وليس للمالك أن يمك الدابة، ويضممه النقصان، وإن كانت مأكول اللحم كالشاة والبعير والبقر، فكذلك في ظاهر الرواية .

وعن بعض المشايخ : أن المالك في هذا الفصل بالخيار إن شاء ضمنه جميع القيمة، ودفع الدابة إليه، وإن شاء أمسكها وضممه النقصان، والفتوى على ظاهر الرواية .

١٩٤٩٣- وفي غصب شمس الأئمة السرخسى : إذا غصب دابة فقطع يدها أو رجلها، فلصاحبها أن يضم الغاصب قيمتها، بخلاف ما لو غصب عبداً أو جارية، وقطع يده أو رجله، حيث يأخذه مع أرش المقطوع إن شاء .

والفرق أن الأدمى بقطع طرفه لا يصير مستهلكاً، والدابة تصير مستهلكة بقطع طرفها، وكذلك لو كانت بقرة أو جزوراً، فقطع يدها أو رجلها، أو كانت شاة فذببحها، وهذا يؤيد ما اخترناه للفتوى .

١٩٤٩٤- قال محمد رحمه الله في "الجامع الصغير" : في شاة القصاب وبقرة الجزار وجزور الجزار تفقأ عين واحدة منهن، ففي البقرة ربع قيمتها، وفي البقر ربع قيمته، وفي الشاة ما نقصها به، ورد الأثر عن رسول الله ﷺ وعمر رضي الله عنه، قضى هكذا، والمعنى فيه أن الشاة لا تمسك إلا للأكل، فصار كاللحم والحنطة ونحوهما، وهناك يعتبر النقصان غير مقدر، فكذا هنا .

وأما غير الشاة من الدواب فلها منافع كثيرة سوى الأكل وهي منفعة الركوب والحمل، فكان شبيهاً بالأدمى، فلا يوجب نصف القيمة لشبهها بالأطعمة، ولشبهها بالأدمى، أوجبنا شيئاً مقدراً، أو إنما كان التقدير بربع القيمة؛ لأنه لا ينتفع بها إلا بأربعة أعين، فصار كما لو كان لها أربعة أعين فيجب في عين واحدة ربع القيمة، والفرس والحمار والبغل والبعير مثل البقر .

وفي "المنتقى" : أن ما يحمل على ظهره، ففي عينه ربع قيمته .

وفى جنايات الحسن : لو فقأ عين برذون أو بغل أو حمار ، فعليه ربع جميع القيمة ، وكذلك فى عين البقر التى يعتمل عليها ربع القيمة ، وإن كان مما لا يعتمد عليها ، فعليه ما نقصها .

وفى "نوادير هشام" : فى عين الفصل والجحش فى أحدهما ربع القيمة ، ولو فقأ عين شاة أو جمل أو طير أو كلب أو ثور أو دجاجة أو حمامة أو نعامة ، فعليه نقص . وقال أبو يوسف رحمه الله : عليه ما نقص فى جميع البهائم .

الفصل الثامن عشر

فى النار وما يتولد منها وفى موت الرجلين بفعلهما

ومسائل الحدث^(١) والعض والعثور قد مر مسألة من مسائل النار فى الفصل الرابع عشر، وهى ما إذا وضع جمرًا فى الطريق .

١٩٤٩٥- قال محمد رحمه الله فى "الجامع الصغير": إذا أحرقت الرجل حشيشًا فى أرضه، أو حصائد، أو أجمة له، فنفدت النار إلى أرض غيره، أو أحرقت شيئًا، فقد ذكرنا هذه المسألة فى كتاب الشرب من هذا الكتاب، وذكرنا تأويل المسألة ثمة على ما ذكره شيخ الإسلام خواهر زاده وشمس الأئمة السرخسى .

ورأيت عن بعض المشايخ أن أجج^(٢) نارًا عظيمًا بحيث يعلم أنه لا يحتمله أرضه، فتعدى إلى أرض جاره، ويفسد زرعه لا محالة، يضمن كما لو سقى أرضه سقيًا لا يحتمله أرضه، فتعدى إلى أرض جاره، وأفسد زرعه يضمن، وإن كان يسيرًا بحيث يحتمله أرضه، ولا يتعدى مثل تلك النار إلى أرض جاره فى الغالب فتعدى، فإنه لا يضمن كما لو سقى أرضه سقى مثله، وجعل هذا القائل التفصيل الذى ذكره محمد رحمه الله فيما إذا سقى أرض نفسه، وتعدى إلى أرض جاره ذكرًا فى مسألة النار، وهذا القول قريب مما ذكرنا عن شيخ الإسلام فى كتاب الشرب، ومنهم من قال: الجواب كما أطلقه محمد رحمه الله فى مسألة النار، وهذا القائل يفرق بين مسألة السقى وبين مسألة إيقاد النار، وفى "فتاوى أهل سمرقند": إذا أشغل نارًا فى حصائده، فذهبت النار إلى زرع جاره أنه لا ضمان إلا أن يحيط العلم أنه إذا أشغل النار فى حصائده ذهبت النار إلى أرض جاره، فحينئذ يضمن؛ لأنه كالقاصد إلى ذلك .

١٩٤٩٦- وفى "واقعات الناطفى": قال علماءنا رحمهم الله: إذا طارت شررة،

(١) هكذا فى "ظ" و"ف" و"م"، وكان فى الأصل: الحرث .

(٢) أجج النار: ألهبها .

أو شرارات من النار، واحتملت الريح منه النار عن أرض من أحرق زرع نفسه، وذهبت النار إلى أرض غيره، فأحرق زرع الناس، وأكد اسم، وكان النار في الموضع البعيد من ذلك الزرع، وكان يؤمن بإذن الله من تلك النار أن لا يحرق زرع الناس في أراضيهم يعني عادة، فإذا ذهبت الريح بالنار في مثل هذه الصورة، فلا ضمان، وإن كان النار يقرب من زروع الناس على وجه يحيط العلم بأن النار إذا اشتعلت في أرض صاحب النار يشتعل^(١) في أرض جاره وفي زرعه ضمن صاحب النار

وفي متفرقات الفقيه أبي جعفر: أنه شرط في النار مع القرب أن يكون الريح عاصفة حتى لو لم تكن عاصفة أو الزرع بعيد لا يجب الضمان.

١٩٤٩٧- وفي "فتاوى أهل سمرقند": إذا ألقى في التنور من الحطب ما لا يحتمله التنور، فأحرق بيته، وتعدى إلى بيوت غيره، فأحرقها، ضمن كما لو أرسل في أرضه من الماء ما يعلم أنه لا يحتمله، فتعدى إلى أرض غيره، وكما لو صب على سطحه عشر قرب ماء، أو أكثر مما يحيط العلم أن الماء يسيل إلى دار جاره، فسال إلى دار جاره، وأفسد متاع جاره.

١٩٤٩٨- وفي "فتاوى الفضلى": رجل يمر في ملكه، أو في ملك غيره، وهو يحمل ناراً، ف وقعت شرارة من ناره على ثوب إنسان، فهو ضامن؛ لأن الاحتراق مضاف إليه لعدم تخلل الوسطة بين الحمل والوقوع على الثوب، حتى لو طارت الريح بشرارات النار، وألقتها على ثوب إنسان لا يضمن؛ لأن الاحتراق ههنا مضاف إلى الريح، كذا ذكر في "النوادر" عن أبي يوسف رحمه الله.

قال بعض مشايخنا: إن مر بالنار في موضع له حق المرور، فهبت به الريح، أو وقعت شرارة في مال إنسان لا يضمن، وإن مرّ بها في موضع، ليس له حق المرور، حيثئذ يتأتى هنا التفصيل إذ هبت بها الريح لا يضمن، وإن وقعت منه شرارة ضمن.

١٩٤٩٩- وفي "فتاوى الفضلى": حداد ضرب حديدة على حديدة محمّاة، فأسرعت شرارة من ضربه، ف وقعت على ثوب إنسان يمر في الطريق، فأحرقه ضمن الحداد، كذا ذكر ههنا، وتماه ما ذكر في "واقعات الناطفي": حداد جالس في دكانه

(١) وكان في الأصل: فيشتعل.

اتخذ في حانوته كيراً يعمل به، والحانوت إلى جانب الطريق لعامة المسلمين، فأوقع الحداد في كيره قاراً على حديدة له، ثم أخرجها، فوضعها على سندانه، وضرب عليها بما يضرب الحديد المحماة، فطار منها ما يطير من الحديد المحماة حتى خرج من الحانوت، وقتل رجلاً، أو فقاً عينه، أو أحرق ثوبه، أو قتل دابته، فالحداد ضامن، ودية القتل والعين على عاقلة الحداد، وقيمة الثوب والدابة في مال الحداد؛ لأن ما طار من دق الحداد، فهو كجناية بيده لا عن قصد، ولو لم يدق الحداد، ولكن احتملت الريح بعض النار عن كيره، أو عن الحديد المحماة، وأخرجه إلى الطريق حتى قتلت إنساناً، أو أحرقت ثوبه، أو قتلت دابته، فهذا جبار، والجبار هدر ليس بمضمون، وهذا لأن الريح هي التي احتملت النار هنا، وفعل الريح ليس بجناية من الحداد، ولو كان الحداد أوقد النار على طرف حانوته إلى جانب طريق على ما يحيط العلم، بأن تلك النار يشتعل إلى جانبها في الطريق، حتى أحرقت كان ضامناً على ما قدمنا.

١٩٥٠٠- قال محمد رحمه الله في "الأصل": وإذا اصطدم فارسان، وقتل كل واحد منهما صاحبه، فهذا على وجهين: الأول: أن يكون خطأ، وإنه على ثلاثة أوجه: إما إن كان حرين، وفي هذا الوجه يجب على عاقلة كل واحد منهما دية صاحبه، وهذا استحسان، والقياس أن يجب على عاقلة كل واحد منهما نصف دية صاحبه.

وجه القياس في ذلك أن كل واحد منهما مات بفعله، وبفعل صاحبه، فيجب نصف دية كل واحد منهما، كما لو جرح كل واحد منهما صاحبه ونفسه جراحة، وكما لو حفر رجلان بئراً على قارعة الطريق، فأنهارت عليهما، وإنما قلنا: ذلك؛ لأنهما لما اصطدما فكل واحد منهما أولم صاحبه باصطدامه، أولم نفسه أيضاً، فكان موت كل واحد منهما مضافاً إلى فعله وإلى فعل صاحبه.

وجه الاستحسان: أن كل واحد منهما وإن مات بفعله وفعل صاحبه إلا أن فعله في نفسه حصل بفعل مباح وهو مشية في الطريق، فلا يؤثر في إهدار شيء من دمه قياساً على الماشي إذا وقع في البئر ومات، فإنه يجب كل دية^(١) على عاقلة الحافر، ولا يهدر

(١) وكان في الأصل: كل الدية.

شئ من دمه وإن مات بفعله وهو المشى وبفعل الحافر ؛ لأن فعله فى نفسه حصل بأمر مباح وهو المشى ، فلم يهدر شئ من دمه باعتبار فعله ، فكذا هنا .

فإن قيل فى مسألة الحفر : فعل الماشى إذا لم يعلم بالبئر مباح ، وليس بتعد ، وفعل الحافر تعد ، وإضافة التلف إلى فعل هو تعد أولى ، فأضيف التلف كله إلى فعل الحافر ، فوجب كمال دية الماشى ، أما فى مسألتنا هذه فعل كل واحد منهما وهو المشى فى الطريق مباح ، فليس أحد الفعلين بإضافة التلف إليه بأولى من الفعل الآخر ، فأضفنا تلف كل واحد منهما إلى فعله وفعل صاحبه ، فهدر نصف دم كل واحد منهما ، ألا ترى أن فعل كل واحد منهما فى نفسه وفى صاحبه لو كانا محظورين كما لو جرح نفسه وصاحبه لما لم يكن أحد الفعلين بإضافة التلف إليه بأولى من الآخر ، أضفنا التلف إليهما ، كذلك هنا .

قلنا : نعم الأمر كما قلتم : إن الفعلين استويا فى الإباحة مع هذا إضافة تلف كل واحد منهما إلى فعل صاحبه أولى ؛ لأن إضافة التلف إلى فعل صاحبه وصاحبه باشر الإتلاف ؛ لأن فعله اتصل بأمر جائز ، وإن كان فعله مباحاً ؛ لأن مباشرة الإتلاف على الغير سبب للضمان ، سواء كان تعدياً أو لم يكن ، كالتائم إذا انقلب على إنسان وقتله ، وإضافة تلف الإنسان إلى فعله إذا كان مباحاً لا يجوز ، كما فى الماشى على البعير ، فكان إضافة تلف كل واحد منهما إلى فعل صاحبه أولى ، وإذا أضفنا تلف كل واحد منهما إلى فعل صاحبه ، لم يهدر شئ من دم كل واحد منهما كما فى الماشى والحافر ، وإذا جرح كل واحد منهما نفسه وصاحبه ، فهناك فعل كل واحد منهما محظور ، وهو الجواب عما إذا حفر الرجلان بئراً على قارعة الطريق أن فعل كل واحد منهما محظور .

وإن كانا عبيدين ، وباقى المسألة بحالها ، فلا شئ لأحد الموليين على صاحبه ؛ لأن كل واحد من العبيدين صار قاتلاً لصاحبه خطأ ، وتعلق جناية كل واحد منهما برقبته ، فإذا ماتا ، فقد هلك المحل الذى تعلق به الجناية ، ولم يخلف بدلاً ، فتبطل الجناية ضرورة ، وإن كان أحدهما عبداً ، والآخر حراً ، وباقى المسألة بحالها ، فإنه يجب على عاقلة المقتول الحر قيمة العبد ، فتأخذه ورثة المقتول الحر ، ويبطل حق الحر المقتول عما زاد على

القيمة من الدية؛ لأن كل واحد منهما صار قاتلاً لصاحبه، الحر قتل العبد، والعبد قتل الحر، وتعلق جناية العبد برقبته، فوجب قيمة العبد على عاقلة المقتول، فإذا مات العبد، فقد هلك المحل الذي تعلق به الجناية، ولكن أخلف بدلاً وهو قيمته في ذمة عاقلة المقتول الحر، فبقدر ما خلف به بدلاً لا تهدر جنايته، وبقدر ما لم يخلف بدلاً يهدر جنايته.

الوجه الثانى: إذا اصطدما عمداً، وإنه على ثلاثة أوجه: الأول: أن يكونا حرين، وفى هذا الوجه يجب أن يكون على عاقلة كل واحد منهما نصف دية صاحبه؛ لأن فعل كل واحد منهما فى نفسه وصاحبه تعدد، فإنه يحرم على كل واحد منهما اصطدام صاحبه فى الطريق عمداً، فأضفنا تلف كل واحد منهما إلى فعلهما، فلم يهدر من دم كل واحد منهما شيء، وإن كانا عبيدين هدرت الجناية؛ لما قلنا فى فصل الخطأ، وإن كان أحدهما عبداً والآخر حراً، فعلى عاقلة الحر نصف قيمة العبد، وعلى العبد نصف دية الحر فى رقبته، فإذا مات، فقد هلك، وأخلف بدلاً عن نفسه وهو نصف قيمته على عاقلة الحر، ويستوفى لى الحر المقتول من عاقلة الحر من نصف الدية قدر نصف القيمة، ويبطل حقه فى الزيادة، وكذلك إذا كانا ماشيين فاصطدما.

١٩٥٠١- ذكر هشام فى "نواده": لو أن رجلين مدا حبلاً، فانقطع الحبل، فسقطا وماتا، قال: إن سقط كل واحد منهما على الفقاء، هدر دم كل واحد منهما؛ لأن كل واحد منهما سقط بقوة نفسه لما سقط على الفقاء، فكان كل واحد منهما قاتلاً لنفسه، وإن سقطا على الوجه وماتا، يجب على عاقلة كل واحد منهما دية صاحبه؛ لأن كل واحد منهما إنما سقط بقوة صاحبه لما سقط على الوجه، فكان كل واحد منهما قاتلاً لصاحبه، وإن سقط أحدهما على الفقاء، والآخر على الوجه، فإنه يهدر دم الذى سقط على الفقاء، ووجب على عاقلته دية الذى سقط على الوجه، وإن جاء أجنبى وقطع الحبل حتى سقطا وماتا، يجب على عاقلة الأجنبى دية كل واحد منهما؛ لأن الأجنبى صار مسبباً لقتل كل واحد منهما بقطع الحبل وهو متعد في هذا التسبب.

وذكر هذه المسألة فى "المنتقى" عن أبى يوسف رحمه الله: وذكر أنهما إذا تمادّا، ولم يذكر انقطاع الحبل وذكر أنهما إذا وقعا على وجوههما وماتا، إنه يضمن كل واحد منهما دية صاحبه، وإن وقع أحدهما على قفاه ضمن صاحب القفا دية صاحب

الوجه ، وإن قطع إنسان الحبل فوقهما على أنفهما ضمن القاطع ديتهما ، وإن وقعا على وجوههما ففي نسخة لا يكون هذا من قطع الحبل ، وفي نسخة : هذا من قطع الحبل .

١٩٥٠٢- وفي "فتاوى الفضلى" : تنازع رجلان فى حبل واحد ، كل واحد منهما طرفا وجذبا ، فجاء ثالث ، ووضع السكين على وسط الحبل وقطع الحبل ، فسقط كل واحد منهما فى جانب ومات ، لا يجب على قاطع الحبل دية ولا قصاص ؛ لأنه قصد بذلك الصلح دون الهلاك .

قيل : ويجوز أن يكون اختلاف الجواب لاختلاف الموضوع ، موضوع الأول أنه قطع الحبل تعدياً لا على وجه الإصلاح ، وموضوع الثانى أنه قطع الحبل على وجه الخشية والإصلاح .

وكان الشيخ الإمام ظهير الدين المرغينانى يقول : إذا كان الحبل لغير القاطع ولم يأذن صاحب الحبل إياه فى القطع يجب الضمان على كل حال ؛ لأن قطع الحبل تسبب إلى التلف ، وإنه تعدّ إذا كان بغير إذن صاحب الحبل ، والمسبب إذا كان متعدياً يضمن كحافر البئر فى الطريق .

وقد قيل : ينبغى أن لا يجب الضمان على قاطع الحبل على كل حال ؛ لأنهما تلفا بجذبهما ، ولولا أثر جذبهما بعد قطع الحبل لما وقعا أصلاً .

قيل : وقد ذكر فى بعض المواضع فى هذه المسألة خلافاً بين أبى يوسف ومحمد رحمهما الله ، على قول أبى يوسف رحمه الله : يجب الضمان على القاطع إذا كان الحبل لغير القاطع ، وعلى قول محمد رحمه الله : لا ضمان على القاطع .

١٩٥٠٣- وفى "العيون" : إذا أخذ بيد رجل ، فجذب الرجل بيده ، فانقلبت يده إن كان أخذ يده للمصافحة ، لا شئ عليه من أرش اليد ، وإن كان عمداً فمدهما ، فأصابه ذلك ، ضمن أرش اليد .

١٩٥٠٤- ولو أن صبيّاً فى يد أبيه جذبه إنسان من يد أبيه والأب ممسك له حتى مات ، فدية الصبى على من جذبه ، ويرثه أبوه ، فإن جذبه الرجل وجذبه الأب حتى مات فعليهما الدية ولا يرثه أبوه ؛ لأن فى الوجه الأول مات بفعل الجاذب ، وفى الوجه الثانى مات بفعلهما .

١٩٥٠٥- ولو عض ذراع رجل ، فجذب العضوض ذراعه من فيه ، فسقط بعض أسنان العاض ، وذهب بعض لحم ذراع العضوض ، فدية الأسنان هدر ، ويضمن العاض أرش ذراع هذا ، وهذا بخلاف ما لو كان فى يدي رجل ثوب ، فتشبت به رجل ، فجذبه صاحب الثوب من يد المتشبت ، فتحرق الثوب يتضمن المتشبت نصف ذلك ؛ لأن عض اليد أذى ، وكان صاحب اليد مضطراً فى نزاعها بخلاف التشبت بثوبه ، وإن كان الذى جذب الثوب من ليس له الثوب ، ضمن جميع الخرق .

١٩٥٠٦- إذا مر بنائم ، فعثر عليه برجله ، ودق ساقه ، ثم سقط عليه ، فاعورت عينه ، ثم مات الواقع ، فعلى الواقع أرش رجل النائم ، وليس على النائم فى العين شئ ، وعلى عاقلة النائم دية الواقع ، فلو ماتا جميعاً ، فعلى عاقلة النائم دية الواقع ، وعلى عاقلة الواقع نصف دية النائم ؛ لأنه جنى عليه حيث وقع على ساقه ، والنائم أيضاً جنى حيث نام حين وقع هذا عليه ، فكان عليهما .

وفى البقالى : إذا عثر ماش بنائم فى الطريق ، فانكسر إصبعه وإصبع النائم ، فماتا ، فعلى عاقلة كل واحد منهما ما أصاب الآخر ، وإن عطب أحدهما ، فعلى عاقلة النائم ، وإن عثر فوقع على وجهه ، فأصاب رأسه رأس النائم فانشجا ، وانكسر إصبعهما ، ضمن النائم إصبع الواقع وشجته ، وضمن الواقع إصبع النائم دون شجته ، وإن ماتا ، فدية الواقع ونصف دية النائم .

١٩٥٠٧- قال : وذكر الطحاوى أن من سقط على غيره فقتله ضمنه ، فإن مات الساقط ، فعلى عاقلته إن كان قعوده جناية .

١٩٥٠٨- وفى "فتاوى أهل سمرقند" : رجل وضع سيفاً فى الطريق ، فعثر به رجل ، فمات ، وانكسر السيف ، يضمن صاحب السيف ديته ، وعلى العاثر قيمة السيف ، وإن عثر على السيف ثم وقع عليه فانكسر ، ومات الرجل ، فإنه يضمن صاحب السيف دية العاثر ، ولا يضمن العاثر شيئاً ؛ لأن هنا السيف دفع العاثر إلى نفسه ، فكان صاحب السيف فعل ذلك .

الفصل التاسع عشر

فى الشهادة فى القتل

١٩٥٠٩- قال محمد رحمه الله فى "الجامع" : إذا شهد الواحد العدل أو شاهدان مستوران بالقتل عمداً يحبس أياماً ، فإن جاء شاهد آخر عدل وإلا يخلى سبيله .

ولو شهدوا بالقتل خطأ ، اختلف المشايخ فيه : قال بعضهم : لا يحبس ، وإليه مال شيخ الإسلام ، وقال بعضهم : يحبس ، وهو اختيار الصدر الشهيد حسام الدين رحمه الله ذكر المسألة فى "فتاوى الصغرى" .

١٩٥١٠- قال محمد رحمه الله فى "الجامع الصغير" : وإذا شهد شاهدان أن فلاناً ضرب فلاناً ، فلم يزل صاحب فراش ، حتى مات ففيه القود إن كان عمداً ، فقد شرط العمدية لوجوب القصاص ، ولم يتعرض للآلة ، وذكر هذه المسألة فى ديات "الأصل" ، وذكر الآلة ولم يتعرض للعمدية ، فقال : إذا ضرب الرجل غيره بالسيف ، فلم يزل صاحب فراش حتى مات ، فشهد شاهدان بذلك كان عليه القصاص ، فما ذكر فى "الجامع الصغير" إن كان قولهما فهو مجرى على إطلاقه ، وإن كان قول الكل ، فتأويله أن يكون الآلة جارحة ، وإنما وجب القصاص وإن كان من الجائز أنه مات بسبب آخر لا من الضربة ؛ لأن الضربة قد ظهرت وإنها سبب لمعنى الموت ، وسبب آخر ليس بظاهر ، والحكم أبداً يجال على سبب ظاهر ، وإذا صار الموت مضافاً إلى الضربة ، صارت هذه الشهادة والشهادة بالقتل سواء .

ثم هذا الجواب على ما هو موضوع "الجامع الصغير" ظاهر ، لا إشكال فيه ؛ لأن الموت صار مضافاً إلى الضربة ، وقد عرف التعمد فى الضربة بوضع المسألة ، فكأنهم شهدوا بالقتل العمد ، أما على ما هو موضوع الأصل مشكل ؛ لأن العمدية لم تثبت على ما هو موضع الأصل ، والضرب قد يكون عمداً ، وقد يكون خطأ ، والخطأ لا يوجب القصاص .

والجواب عن هذا من وجهين : أحدهما : أن العمدية قد تثبت بالشهادة من حيث المعنى ، فيعتبر بما لو ثبت بالشهادة من حيث الصورة ، بيانه أن العمد الموجب للقصاص إنما يثبت بشيئين : بأن يقصد المكلف ضرب إنسان بالسلاح ، وأن يكون الفعل موصوفا بالحرمة ، ولما شهدوا أنه ضربه بالسيف فقد شهدوا أنه قصد ضربه بالسلاح ؛ لأنه لو كان مخطئاً فى ضربه كان لا يحل لهم أن يشهدوا بضربه ، وكان ينبغى أن يشهدوا أنه ضرب غيره ، فأصاب هذا ، فلما شهدوا أنه ضربه بالسيف كان هذا منهم بياناً من حيث المعنى أنه كان قاصداً ضربه بالسيف ، وقد اتصف بالحرمة أيضاً ؛ لأن الفعل إنما يتصف بالحرمة إذا كان الضارب مكلفاً ، وقد قصد بالضرب محقون الدم ، وكون الضارب مكلفاً وقد قصد بالضرب ثابت من حيث الحقيقة ، والقصد إلى محقون الدم ثابت من حيث الظاهر ؛ لأن الدار دار حقن ، فالأصل لأهلها الحقن ، والإباحة عارض ، والثابت من حيث الظاهر كافٍ لوجوب القصاص ، ألا ترى أنهم لو شهدوا أن فلاناً جرح هذا عمداً حتى مات وجب القصاص ، والموت من الجراحة للعمد ثابت من حيث الظاهر لجواز أنه مات بسبب آخر ، فقد صح قولنا : إن العمدية ثبت من حيث المعنى ، وإن سألهم القاضى عن العمد ، فذلك أحوط ؛ لأن الثابت من حيث النص فوق الثابت من حيث المعنى ، وإلى هذا الجواب مال شيخ الإسلام .

والجواب الثانى : أن الشهود شهدوا بصورة العمد ؛ لأن صورة العمد هذا أن يقصد الرجل غيره بسلاح ويضربه حتى مات ، وهذا لأن العمد إنما يتميز من الخطأ بالنية ، والنية عمل القلب لا يطلع عليها إلا الله تعالى ، وإنما يطلع العباد على الصورة ، والظاهر وصورة العمد ظاهر ما ذكرنا .

١٩٥١١- قال : من رأى غيره أهوى بالسيف إلى غيره يقع عنده أنه قتله عمداً ، فقد شهدوا على الظاهر ، فتقبل شهادتهم ، قال : ولأجل ذلك قلنا : إن من شهد على رجل أنه ضرب فلاناً بالسيف ، فالقاضى لا يسأله العمد ؛ لأنه يشهد بالعمد من حيث الظاهر ، فيستغنى القاضى عن السؤال ، وإلى هذا الجواب مال شمس الأئمة الحلوانى .

قال : ولا ينبغى للقاضى أن يكلف الشهود أن يشهدوا أنه مات من ضربه لا محالة ؛ لأنه لو كلفهم ذلك لكلفهم على الكذب ، فإن القاضى يعلم أنهم لا يعلمون أنه

مات من ضربه لامحالة لجواز أنه حدث فى الباطن أمر ، ومات من ذلك بل إنما يعلمون أنه مات من ضربه من حيث الظاهر ؛ لأنهم لم يعرفوا له سبباً آخر ، وهذا نظير ما قالوا : فى الشاهد إذا شهدوا بورثة رجل أنه لا ينبغى للقاضى أن يكلفه على نفى وارث آخر على البتات بأن يقول : لا وارث له غيره ؛ لأنه لو كلفهم ذلك لكلفهم على الكذب ؛ لأنه لا علم لهم بنفى وارث آخر على البتات ، وإنما علمهم بنفى وارث آخر من حيث الظاهر ، كذا هنا ، وكذا إذا شهد الإنسان بعين فى يد غيره أنه ملك هذا المدعى ، فالقاضى لا يكلف الشاهد أن يقول : إن المدعى لم يبعه ، ولم يهبه من الذى فى يديه ، وإنما لا يكلفه به ؛ لأنه لا علم له به ، كذا هنا .

١٩٥١٢- وإذا قتل الرجل عمداً ، فجاء أخوه يطلب دمه وأقام البينة بأنه وارثه لا وارث له غيره ، وأقام القاتل بينة أن له ابناً فإن القاضى لا يمكن الأخ من استيفاء القصاص ، بل يتأتى فى ذلك حتى يظهر صدق ما قاله القاتل ، وهذا لأن القاتل بهذه البينة لا يدعى الحق للأخ فى القصاص الذى عليه ؛ لأن فى زعمه أنه لاحق للأخ فى القصاص ، فكيف يكون مدعياً تغير حقه فى القصاص الذى عليه ، وإنما ادعى قصر يده عن نفسه ، فإنه متى كان للمقتول ابن لا يكون للأخ على القاتل يد ، فقد ادعى القاتل على الأخ قصر يده بسبب ادعاءه على الغائب وهو البنة ، فتثبت البنة فى حق قصر يد الأخ ، إن كان لا يثبت فى حق غيره من الأحكام كما قلنا : فى الوكيل بنقل^(١) الأمة والمرأة إذا أقامت الأمة عليه البينة على العتاق ، أو أقامت المرأة عليه البينة على الطلاق ، فإنه يثبت الطلاق والعتاق بينهما فى حق قصر يد الوكيل عنهما ، لا فى حق أحكام آخر .

١٩٥١٣- قال محمد رحمه الله : إذا قتل الرجل وله ابنان : أحدهما حاضر ، والآخر غائب ، وأقام الحاضر البينة على القتل فهذا على وجهين : إما أن يدعى العمد أو الخطأ ، فإن كان يدعى العمد ، فالقاضى لا يقضى بالقصاص ما لم يحضر الغائب بلا خلاف ؛ لأن القضاء لا يفيد ، فإن المقصود من القضاء الاستيفاء ، والأخ الحاضر لا يستوفى إذا كان أخوه الغائب كبيراً بلا خلاف ، فلا معنى للقضاء به ، لكن اختلفوا أن الغائب إذا حضر ، وادعى ذلك على القاتل ، هل يكلف إعادة البينة على القاتل أم لا ؟

(١) وكان فى الأصل : بقتل .

قال أبو حنيفة رحمه الله : يكلف ، وقالوا : لا يكلف .

وأما إذا ادعى الخطأ ، وأقام على ذلك بينة وأخوه الآخر غائب ، فإنه يقضى بجميع الدية على عاقلة القاتل ، وإذا حضر الغائب لا يكلف إعادة البينة ، وكذلك أحد الورثة إذا أثبت على رجل ديناً لأبيه وباقي الورثة غيب ثم حضروا لا يكلفون إعادة البينة بلا خلاف .

فوجه قولهما : وهو أن القصاص أحد موجبى القتل ، فوجب أن ينتصف الأخ الحاضر خصماً عن نفسه وعن الغائب فى إثبات ذلك قياساً على الخطأ ، وهذا لأن أحد الورثة فيما يدعى للميت ويدعى على الميت ينتصب خصماً عن نفسه وعن شركاءه ؛ لأنهم بمنزلة الوكلاء عن الميت فى الخصومة كما فى الخطأ ، وكما فى دعوى المال وكما لو ادعى قصاصاً وجب لأبيه فى حال حياته ، قلنا : والقصاص الذى وجب بقتل الأب حق يدعيه الوارث للميت ؛ لأن القصاص يجب للمورث ابتداء ثم ينتقل إلى الورثة ، ألا ترى أنه يكون مورثاً من جهته بين ورثته على فرائض الله تعالى كالدية سواء ، وكذا لو عفا المجروح عن الجناية صح عفو ، ولو انقلب القصاص مالا ، فإن المال يكون للميت حتى يقضى من ذلك ديونه وتنفذ وصاياه ، ولو لم يكن الأصل حقاً له ما ثبت حقه فى البدل ، وإذا كان القصاص حقاً ، يجب للميت أولاً ، ثم يصير للورثة من جهته ، انتصب الأخ الحاضر خصماً عن نفسه وعن الغائب فى إثبات ذلك بخلاف ما لو ادعى أحد الأخوين على رجل أنه قتل عبداً مشتركاً بينه وبين أخيه الغائب عمداً ، وأقام ذلك بينة ، ثم حضر أخوه ، فإنه يكلف إعادة البينة ؛ لأن هذا القصاص الذى يدعيه على القاتل ليس بحق للميت ، وإنما هذا حق يجب لهما ابتداء لا من جهة الميت ، وما يدعى أحد الورثة من الحق لنفسه ، ولبقية الورثة ، لا من جهة الميت ، فإنه لا ينتصب خصماً فيه عن بقية الورثة ، ألا ترى لو ادعى قتل خطأ فى عبد مشترك بينهما ، وأقام بينة لا يقضى بنصيب الغائب حتى لو حضر كلف إعادة البينة بخلاف ما نحن فيه .

وجه قول أبى حنيفة رحمه الله : إن القصاص الذى وجب بقتل المورث ، يجب للميت من وجه ، ويجب للوارث ابتداء من وجه ، أما يجب للميت ؛ لأن السبب وجد فى حق الميت فيجب له من وجه ، وأما يجب للوارث ؛ لأن القصاص يجب بعد موت

المورث، والمورث بعد الموت ليس من أهل الملك، والوارث من أهل الملك فيجب للوارث، ولهذا قالوا: بأن الوارث لو عفا المجروح عن القصاص قبل موت المورث صح عفوّه، ولو كان يجب حقاً للميت من كل وجه، لكان لا يصح عفوّه كما لو عفا عن قصاص وجب للمورث حال حياته، وكما لو أبرأ الغريم عن دين المورث حال حياته، فدل أنه يجب للميت من وجه، وللوارث من وجه .

فمن حيث إنه يجب للميت ينتصب خصماً عن نفسه وعن صاحبه كما لو ادعى قصاصاً، وجب لأبيه حال حياته، ومن حيث إنه يجب للوارث ابتداء، لا ينتصب خصماً عن صاحبه، كما لو ادعى قصاصاً بسبب قتل عبد مشترك بينهما، وشريكه غائب، فإذا كان بأحد الاعتبارين ينتصب خصماً عن أخيه الغائب، فبالاعتبار الآخر لا ينتصب خصماً عن أخيه الغائب، ولا رجحان لأحدهما على الآخر لم يصّر خصماً عنه بالشك والاحتمال .

وهذا بخلاف ما لو ادعى قصاصاً وجب للميت حال حياته أو ديناً، وجب للميت حال حياته، وأقام على ذلك بينة، فإنه ينتصب خصماً عن صاحبه؛ لأن ما ادعى حق الميت من كل وجه، فإنه حين وجب هذا الحق كان الميت أهلاً للملك، وسبب الوجوب وجد فى حقه وأحد الورثة، ينتصب خصماً عن الباقيين فيما كان حق الميت من كل وجه . وأما القصاص الذى وجب بقتل الأب حق الأب من وجه وحق الوارث مبتدأ من وجه، وفيما يجب لهما ابتداء لا ينتصب أحدهما خصماً عن صاحبه، وفيما يجب للميت ينتصب كل واحد منهما خصماً عن صاحبه، فلم ينتصب خصماً عن صاحبه بالشك والاحتمال .

وعلى قياس ما ذكرنا يجب أن لا ينتصب خصماً فى الخطأ عن شريكه الغائب؛ لأن الدية من وجه تجب للميت ومن وجه تجب للوارث؛ لما بينا أن الدية تجب بعد موت المقتول، وبعد الموت المقتول ليس من أهل الملك والوارث من أهل الملك، ولهذا صح عفو الوارث عن الدية حال حياة الأب كيف، وقد روى الخصاص عن أبى حنيفة رحمه الله: أنه لا ينتصب الحاضر خصماً عن الغائب فى الخطأ كما فى العمد، فإن أخذنا بهذا سقط السؤال، ولئن سلمنا أن الحاضر ينتصب خصماً عن الغائب فى الخطأ فإنما ينتصب

فى الخطأ ؛ لأن ما يوجب أن يكون خصماً عن أخيه راجح على ما يمنع ، وقد تعذر العمل بهما ، فوجب القول بالراجح .

بيانه : أن ما يوجب أن يصير خصماً عن أخيه الغائب شيئان : أحدهما : أنه ينتصب خصماً عنه من حيث إن الدية تجب للميت من وجه ، فإن ما يجب للميت فأحد الورثة ينتصب خصماً عن شركاءه ، ومن حيث إنه يجب ابتداء للوارث من وجه انتصب أيضاً خصماً عن الغائب من وجه ، ولا ينتصب خصماً من وجه من حيث إن الغائب متى جاء وقد قبض الحاضر نصيبه عن الدية والحاضر مقر أن الغائب شريكه كان للغائب أن يشاركه ، ويأخذ منه نصف ما قبضه الحاضر ، وإذا أخذ منه نصفه كان للحاضر أن يرجع بما أخذ منه الغائب على الغريم ، فلا بد أن يتقرر كذلك حتى يثبت حقه فى جميع الدية ، فهذا الاعتبار ينتصب خصماً عن أخيه الغائب ، ومن حيث إنه لا يشاركه فيما قبض ، ولكن يتبع العاقلة بنصيبه ، لا يثبت للحاضر الحق فى جميع الدية ، فدل أن ما يوجب أن يصير الحاضر خصماً عن الغائب شيئان ، وما يمنع شىء واحد والعمل بالأمرين متعذر ؛ لما بينها من التنافى ، فوجب العمل بالراجح ، وسقط اعتبار المرجوح بخلاف القصاص ؛ لأن ما يوجب أن يصير خصماً عن الغائب شىء واحد ، وهو أن القصاص من وجه يجب للميت ، وما يمنع أن يصير خصماً عن شريكه الغائب شىء واحد ، وهو أنه من وجه يجب ابتداء للوارث ، وبهذا الاعتبار لا يصير خصماً عن صاحبه إلا بعد أن يكون له استيفاء نصيبه كما فى الدية .

وليس له استيفاء القصاص حال غيبة صاحبه ، فأسوى^(١) ما يوجب أن يصير خصماً عن صاحبه وما يمنع ، ولا رجحان لأحدهما على الآخر ، فلم ينتصب خصماً عن صاحبه ، وكان كما لو ادعى الحاضر على رجل قتل عبد مشترك بينه وبين أخيه الغائب خطأ ، وأقام على ذلك بينة لا ينتصب خصماً عن صاحبه ؛ لأنه إن كان ينتصب خصماً عنه من حيث إنه إذا حضر شاركه فيما قبض لا ينتصب خصماً عنه متى لم يشاركه ؛ لأنه متى لم يشاركه لا يثبت حقه فى الجميع ، فقد استوى ما يوجب وما يمنع ، ولا رجحان لأحدهما على الآخر بخلاف قصاص وجب للميت حال حياته ؛ لأن ذلك

(١) وكان فى الأصل : فاستوفى .

القصاص يجب للميت من كل وجه بدليل أنه لا يصح عفواً لو ارث عن هذا القصاص ، وما يجب للميت من كل وجه فإن أحد الورثة ينتصب فيه خصماً عن الباقيين ، فأما القصاص الذى وجب بقتل الأب يجب للميت من وجه ، وللوارث ابتداء من وجه على ما ذكرنا .

١٩٥١٤ - قال محمد رحمه الله فى "الأصل" : إذا حضر الورثة جميعاً ، فادعوا دم أبيهم على رجلين : أحدهما غائب ، والآخر حاضر ، وأقاموا البينة عليهما جميعاً بالقتل عمداً تقبل البينة على الحاضر ، ويقضى عليه بالقصاص ، ويقتل قبل مجيء الغائب ، ولا تقبل البينة على الغائب ، ولا يقضى على الغائب بالقصاص ، حتى إذا جاء الغائب ، وأنكر القتل تحتاج الورثة إلى إعادة البينة على الغائب ، أما يقبل على الحاضر لأنها قامت على خصم ، ولا تقبل على الغائب ؛ لأنه ليس عن الغائب خصم حاضر ، والبينة لا تسمع إلا على خصم حاضر .

وإنما قلنا : إنه ليس عن الغائب خصم حاضر ؛ لأن الحاضر ليس بخصم عن الغائب لا حقيقة ، وإنه ظاهر ، لأن الغائب لم يوكل الحاضر بالخصومة حتى ينتصب عنه خصماً بالموكل حقيقة ، ولم ينتصب خصماً عنه من حيث الحكم ؛ لأن الحاضر إنما ينتصب خصماً عن الغائب حكماً إذا كان ما يدعى على الحاضر لا يثبت إلا بما ادعى على الغائب ، بأن كان ما ادعى على الغائب سبباً لثبوت حقه على الحاضر كما لو ادعى القاتل على الأخ الحاضر أن الأخ الغائب عفا عن القصاص ، فأنكر الحاضر ذلك على ما يأتى بيانه بعد هذا - إن شاء الله تعالى - .

وهذا ما ادعى على الحاضر من القتل يثبت بدون ما ادعى على الغائب ، فإن قتل الحاضر مما يتحقق بدون قتل الغائب ، فلم ينتصب الحاضر خصماً عن الغائب ، لا من حيث الحقيقة ، ولا من حيث الحكم ، فالبينة على الغائب بالقتل قامت لا على خصم حاضر ، فلم يقتل ، وإذا قضى بالقصاص على الحاضر لا يؤخر لغيبة الآخر ، وإن كان الآخر لو حضر ربما يدل بحجة تسقط القصاص عن الحاضر بأن ادعى الإذن من جهة المقتول ، وأقام على ذلك بينة ؛ لأن هذه شبهة موهومة غير محققة ولا معتبر لها .

ثم هذا الذى ذكر فى الكتاب : أن الحاضر يقتل ، ولا يؤخر لغيبة الغائب قول أبى

حنيفة رحمه الله الآخر، وهو قولهما، فأما على قول أبي حنيفة رحمه الله الأول : لا يقتل الحاضر حتى يحضر الغائب، فإنه قال في كتاب السرقة : إذا شهد شاهدان على رجلين سرقة مائة درهم، وأحدهما حاضر والآخر غائب، أو أقر أنه سرق هو وفلان مائة درهم وفلان غائب، ذكر أن على قول أبي حنيفة رحمه الله : الأول لا يقطع الحاضر حتى يجيء الغائب ؛ لأنه ربما يدل بحجة يسقط الحد عنه وعن صاحبه، وعلى قوله الآخر : يقطع، ولا يؤخذ لغيبه الغائب، وهو قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله، وكان أبو حنيفة رحمه الله أولاً يقول : يعتبر الشبهة الموهومة في درء ما يدرء بالشبهات، ثم رجع، وقال : لا تعتبر الشبهة الموهومة، وهو قولهما، فهذا على ذلك -والله أعلم-.

١٩٥١٥- قال محمد رحمه الله في الكتاب : وإذا اختلف شاهد القتل في الأيام، أو في البلدان، بأن شهد أحدهما أنه قتله في يوم الخميس مثلاً، وشهد الآخر أنه قتله يوم الجمعة، أو شهد أحدهما أنه قتله في بلدة كذا، وشهد الآخر أنه قتله في بلدة كذا غير تلك البلدة، فالقاضي لا يقبل هذه الشهادة ؛ لأن الشهادة قامت على الفعل، والشهادة متى قامت على الفعل يضرها اختلاف المكان والزمان.

وذكر الشيخ الإمام المعروف بـ "خواهر زاده" في "شرح ديات الأصل" : أنهما إذا اختلفا في المكان، والمكانان متقاربان كبيت صغير، فشهد أحدهما أنه رآه قتله في هذا الجانب، وشهد الآخر أنه قتله في الجانب الآخر، فإنه تقبل الشهادة استحساناً ؛ لأنه يجوز أن يكون ابتداء الفعل في جانب من هذا البيت، وانتهاء في جانب آخر، ومتى كان ابتداء في جانب، وانتهاء في جانب آخر كان الفعل واحداً، فيكون المشهود به واحداً.

وكذلك لو اختلفا في الآلة، وعلم أن الكلام في الآلة في فصول : أحدها : أن يتفقا على الآلة، بأن شهدا أنه قتله بالسيف، أو قتله بالعصا، فإن شهدا أنه قتله بالسيف إن ذكرا صفقة التعمد، بأن قالا : قتله عمداً بالسيف، فإنه تقبل شهادتهما، ويقضى عليه بالقصاص ؛ لأنهما شهدا بقتل واحد، والمقضى به معلوم وهو القصاص، فوجب القضاء بها، وصار الثابت بشهادة الشاهدين كالثابت معانية، ولو عاينا أنه قتله بالسيف

عمداً يقضى عليه بالقصاص ، فكذلك هذا .

وإن قالوا : قتله بالسيف خطأ تقبل شهادتهما ، ويقضى بالدية على العاقلة ؛ لأنهما شهدا بقتل واحد ، والمقضى به معلوم ، وهو إيجاب الدية على العاقلة .

وإن سكتا عن ذكر صفة العمد أو الخطأ ، فهذا ولو ما ذكرنا صفة العمد^(١) سواء ؛ لما ذكرنا أن القتل بالسلاح عمد ، وإن قالوا : لا ندري قتله عمداً أو خطأ ، فإنه يقبل هذه الشهادة ويقضى بالدية فى مال القاتل ؛ لأنهما شهدا بقتل واحد فلا بد من القضاء به ، وتعذر إيجاب القصاص لاحتمال أن يكون خطأ ، والقصاص متى تعذر لحقيقة الخطأ يجب الدية ، فكذلك إذا تعذر لاحتمال الخطأ ، وإذا وجبت الدية وجبت فى مال الجانى ، وهذا الجواب إنما يستقيم على رواية كتاب المعاقل ؛ لأن الدية تجب على الجانى ؛ لأنه هو القاتل ، ثم ينتقل إلى العاقلة بقضاء القاضى على رواية كتاب المعاقل ، فقد تيقنا بوجوب الدية على الجانى ، وشككنا فى نقله إلى العاقلة ، إن كان خطأ وجب النقل إليهم ، وإن كان عمداً لا يحل النقل ، فلا يجب النقل بالشك .

وهذا الذى ذكرنا أن الشهادة مقبولة جواب الاستحسان ، والقياس أن لا تقبل هذه الشهادة ؛ لأنهما شهدا على أنفسهما بالسهو والغفلة ، وسنذكر ذلك فيما إذا شهدا أنه قتله ، وقالوا : لا ندري بماذا قتله ، وإن شهدا أنه قتله بعصا ، إن كان العصا صغيراً لا يقتل مثله غالباً ، فإنه تقبل الشهادة ويقضى بالدية على العاقلة عندهم جميعاً كما لو ثبت معاينة سواء شهدا بالعمد أو بالخطأ أو أطلقا ؛ لأن موجب القتل بالعصا الصغير الدية على العاقلة فى الأحوال كلها ، وإن كان العصا كبيراً بحيث يقتل مثله غالباً ، فعلى قول أبى حنيفة رحمه الله : الجواب فيه كالجواب فيما إذا شهدا أنه قتله بالعصا الصغير ، وعندهما الجواب فيه كالجواب فيما إذا شهدا أنه قتله بالسيف .

الفصل الثانى : إذا شهد أحدهما أنه قتله بالسيف والآخر شهد أنه قتله بالحجر حتى اختلف الآلة لا تقبل هذه الشهادة لعلتين : إحداهما : أن المقضى به مجهول ، فإن المقضى به القصاص إن قتله بالسيف ، والدية على العاقلة إن قتله بالعصا أو بالحجر ، ولا يدري ، فكان المقضى به مجهولاً ، والثانية : أنهما شهدا بقتلين مختلفين ؛ لأنهما اختلفا

(١) وفى الأصل : صفة العمد والخطأ سواء .

فى الآلة ، واختلافهما فى الآلة يوجب اختلافًا فى القتل ؛ لأن القتل مما لا يثنى ولا يكرر ، فمتى صار النفس الواحد مقتولا كله بالعصا لا يتصور أن يصير مقتولا بالسيف كما أن النفس إذا صار مقتولا فى زمان أو مكان ، لا يتصور أن يصير مقتولا فى زمان آخر ومكان آخر ، ثم الاختلاف فى الزمان والمكان اختلاف فى نفس القتل ، فكذلك الاختلاف فى الآلة .

وإذا شهدا أحدهما أنه قتله بالسيف وشهد الآخر أنه قتله بالسكين ، أو شهد أحدهما أنه قتله بالحجر ، وشهد الآخر بالعصا لا تقبل لعدة واحدة ، وهو أنهما شهدا بقتلتين مختلفتين ، ولا تجب العلة الأولى وهو جهالة المقضى به ؛ لأن المقضى به معلوم وهو القصاص فى الوجه الأول ، والدية على العاقلة فى الوجه الثانى .

ولو شهد أحدهما أنه أقر أنه قتله بالسيف عمداً وشهد الآخر أنه أقر أنه قتله بالسكين ، وقال المدعى : قد أقر بما قالوا إلا أنه ما قتله إلا طعنا بالرمح جازت الشهادة ، واقتصر من القاتل ذكره ابن سماعة فى "نوادره" عن محمد رحمه الله .

الفصل الثالث : أن يشهد أحدهما أنه قتله بالسيف أو بالعصا ، وشهد الآخر أنه قتله ، قال : ولا أدرى بماذا قتله لا تقبل هذه الشهادة ؛ لأن المقضى به مجهول ، فإن المقضى به إذا كان القتل بعصى الدية على العاقلة ، والمقضى به إذا لم يعلم بماذا قتل الدية فى مال القاتل كما لو شهدا بذلك ، فكان المقضى به مجهولاً ، وجهالة المقضى به تمنع القضاء بالشهادة .

توضيحه : أن الذى شهد بالعصا شهد بقتل هو شبه العمد والآخر شهد بمطلق القتل ، ومطلق القتل يحتمل أن يكون عمداً ويحتمل أن يكون شبه عمد ، ويحتمل أن يكون خطأ ، فلم يثبت الاتفاق فى المشهود به ، فلا يقبل شهادتهما لهذا .

الفصل الرابع : إذا شهدا أنه قتله وقالوا : لا ندري بماذا قتله ، فالقياس أن لا تقبل هذه الشهادة ، ولا يقضى بشيء ، وفى الاستحسان : أن تقبل ، ويقضى بالدية فى ماله ، ولا يقضى بالقصاص .

وجه القياس : أنهما شهدا على أنفسهما بالسهو والغفلة لما قالوا : لا ندري بماذا قتله وشهادة المغفل لا تقبل ، ولأن المقضى به مجهول ؛ لأننا لا ندري أنه قتله بالسيف

عمداً، فيكون الواجب هو القصاص أو خطأ، فتجب الدية على العاقلة، أو قتله بالعصا عمداً أو خطأ، فتجب الدية على العاقلة، فكان المقضى به مجهولاً، فيجب أن لا تقبل هذه الشهادة كما لو شهد أحدهما أنه قتله بالسيف أو بالعصا، وشهد الآخر، فقال : لا ندرى بماذا قتله .

وجه الاستحسان فى ذلك : وهو أنهما شهدا بقتل واحد، فإن كل واحد منهما شهد بما شهد به صاحبه فكانا شاهدين بقتل واحد فلا بد من القضاء بالقتل، وإذا وجب القضاء بالقتل، لم يجب القضاء بالقصاص؛ لأنه وقع الشك فى وجوب القصاص؛ لأنه يجوز أن يكون بالسيف عمداً، ويجوز أن يكون قتله خطأ، فقد شككنا فى إيجاب القصاص، فلانوجه بالشك، وتيقنا بإيجاب الدية؛ لأن القصاص سقط لاحتمال أن يكون هذا القتل خطأ، فيكون القصاص ساقطاً لمعنى جاء من جهة ولى القتل، وفى مثل هذا يجب المال، وإن كان القتل عمداً بيقين كقصاص بين شريكين على أحدهما، فهنا كذلك، وإذا تيقنا بإيجاب الدية، وجب فى مال القاتل، ولم يجب على العاقلة على رواية كتاب المعامل؛ لأن الدية تجب على القاتل، وإنما تنتقل إلى العاقلة بالقضاء، وقد وقع الشك فى النقل إلى العاقلة، بخلاف ما لو شهد أحدهما أنه قتله بالسيف أو بالعصا، وشهد الآخر أنه قتله وقال : لا ندرى بماذا قتله؛ لأن هناك أحدهما لم يشهد بما شهد به صاحبه من كل وجه بخلاف ما نحن فيه .

وقوله : المقضى به مجهول، قلنا : لا، بل هو معلوم وهو إيجاب الدية فى ماله، وما قال : إنهما أقرآ على أنفسهما بالسهو والغفلة، قلنا : إنما يكون إقراراً بالسهو والغفلة لو قالوا : رأينا الآلة ثم نسينا، فأما إذا قالوا : لا ندرى لا يكون إقراراً بالسهو لا محالة لجواز أنهما لم يريا الآلة، وإنما رأيا القتل، وقد يرى الإنسان قتل إنسان من بعيد، ولا يدرى بأى آلة قتله، ويجوز أن يكون قد رآه إلا أنه نسى، فقال : لا أدري، فيكون إقراراً منه على نفسه بالسهو والغفلة، فلا نجعله إقراراً بالسهو والغفلة على أنفسهما بالشك والاحتمال .

١٩٥١٦- وإذا شهد شاهدان بالقتل خطأ، شهد أحدهما على معاينة القتل، وشهد الآخر على الإقرار بالقتل، فإنه لا تقبل هذه الشهادة؛ لأنهما شهدا بأمرين مختلفين حقيقة وحكمًا، أما حقيقة؛ لأن أحدهما شهد بالفعل، والآخر شهد بالقول،

والقول والفعل مختلفان من حيث الحقيقة، فإن القول قد يحتمل الصدق والكذب، والفعل لا يحتمل الكذب، فكانان غيرين من حيث الحقيقة، وكذا من حيث الحكم؛ لأن حكم معاينة القتل إذا كان خطأ وجوب الدية على العاقلة، وحكم الإقرار بقتل الخطأ وجوب الدية فى مال الجانى .

١٩٥١٧- قال محمد رحمه الله فى "الزيادات" : رجل مات، وترك ابنين، فأقام أحد الابنين بيعة، أن هذا الرجل قتل أباه عمداً، وأقام الابن الآخر بيعة على رجل آخر، أنه قتل أباه خطأ، فلا قصاص على واحد منهما، أما على الذى ادعى عليه القتل الخطأ فظاهر، وأما على الذى ادعى عليه القتل العمد فلأنه لم يتعين قاتلاً، بل الأمر مشتبه بيانه، وهو أن كل واحد من الابنين خصم فى دعوى القتل وإثباته، وقد أثبت كل واحد منهما بيعة على من أقامها عليه فلا يتفرد به، والقتل فى محل واحد لا يتكرر، فلا يتصور اجتماع القتلتين فى محل واحد أحدهما عمد والآخر خطأ، فبقى المقاتل مشتبهاً، أو نقول : نجعل كأن الأمرين كانا؛ لأن البيئات شرعت حجج الله تعالى يجب العمل بها ما أمكن، وقد أمكن بأن يجعل كأن شهود القتل العمد عاينوه جرحه عمداً، فلم يزل صاحب فراش حتى مات، ولم يعلموا جراحة غيره خطأ، وشهود قتل الخطأ عاينوا جرحه خطأ، فلم يزل صاحب فراش حتى مات ولم يعلموا بجراحة غيره عمداً، فشهد كل فريق على ما عاين وشاهد، ولو كان هذا لا يجب القصاص على العامد بمشاركة الخاطئ إياه فى القتل، كذا هنا، ولمدعى العمد نصف الدية فى مال من أقام عليه البيعة فى ثلاث سنين .

أما وجوب نصف الدية : فإنه تعذر عليه استيفاء القصاص لا لمعنى من جهته، بل بدعوى صاحب الخطأ فيقضى له بحصته من الدية، وأما فى مال القاتل فلأن القتل عمد فى حقه، والعاقلة لا تعقل العمد، وأما فى ثلاث سنين فلأن وجوبه بالقتل، والدية إذا وجبت بالقتل تجب فى ثلاث سنين، وإن كان القتل عمداً كالأب إذا قتل ابنه عمداً، والبعض معتبر بالكل، ولمدعى الخطأ على عاقلة من أقام عليه البيعة نصف الدية فى ثلاث سنين؛ لأنه أثبت جميع الدية على عاقلة النصف لنفسه والنصف لصاحبه إلا أن صاحبه أنكر ذلك وكذب شهوده، لكن إن كان صاحبه يؤثر فى حق نفسه لا فى حقه، فبقى نصيبه، وذلك نصف الدية .

الفصل العشرون

فى الصلح والعفو والشهادة فى ذلك

١٩٥١٨- قال محمد رحمه الله فى "الجامع الصغير": رجل قتل رجلا عمداً، وصالحه على الدية ولم يذكر حالاً ولا مؤجلاً فعليه الدية حالة؛ لأن هذا المال وجب بالعقد، فوجب أن يعتبر بما يجب بسائر العقود، وهى تجب حالة إلا بالشرط، فكذلك هذا، وهذا لأنه وجب عوضاً عن القصاص، فكان كضمن المبيع وبذل الخلع، ألا ترى أن القصاص كان حالاً، وهذا عوض يخلفه بخلاف ما وجب بالقتل؛ لأنه ثمة قام الدليل على أنه شرع مؤجلاً، وذلك معدوم فى بدل الصلح.

١٩٥١٩- ولو كان القتل خطأ، فقال: صالحتك على ألف دينار، أو قال: على عشرة آلاف درهم، ولم يسم لذلك أجلاً، وكان ذلك قبل قضاء القاضى، وقبل تراضيهما على نوع من أنواع الدية، فإنه يكون مؤجلاً؛ لأن الصلح قبل الخطأ والرضاء على نوع من أنواع الدية تعيين منهما للواجب، وليس بإيجاب مبتدأ، وهذا لما ذكرنا فى صدر الكتاب أن الدية أحد الأنواع الثلاثة أو أحد الأنواع الستة على حسب ما اختلفوا غير عين، فإنما يتعين حق القتل فى شىء منهما بالقضاء أو بالتراضى، فقبل ذلك حقه غير متعين، فكان الصلح منهما على الدراهم أو الدنانير تعييناً للواجب، والواجب فى فصل الخطأ مؤجل شرعاً، فلا حاجة إلى تأجيلهما، أما فى فصل العمد وجوب المال بإيجابهما، وهما أوجباه غير مؤجل، فيجب كذلك.

ثم الصلح فى فصل الخطأ على وجهين: إما إن كان قبل قضاء القاضى وقبل تراضيهما على نوع من أنواع الدية، أو كان بعد قضاء القاضى، أو بعد تراضيهما على نوع من أنواع الدية، فإن كان بعد القضاء بنوع من أنواع الدية أو بعد تراضيهما على ذلك، فهو على وجهين: إما إن وقع الصلح على النوع الذى وقع القضاء، أو وقع التراضى عليه، وفى هذا الوجه إن كان الصلح على أكثر من الدية لا يجوز الصلح، أما إذا كان المقضى به دراهم عشرة آلاف درهم أو دنانير ألف دينار، فاصطلحنا على خمسة

عشر ألف درهم أو على ألف وخمسمائة دينار فلا إشكال؛ لأن حق ولى القتل تعين فى الدراهم والدنانير، فإذا أخذ أكثر من حقه، يكون ربا كما فى سائر الديون من كان له على آخر ديناً دراهم أو دنانير، واصطلحوا على أكثر من ذلك لا يجوز، وإنما لا يجوز لمكان الربا، وإن كان المقضى به إبلا مائة من الإبل فاصطلحوا على مائة وخمسين إن وقع الصلح نسيئة لا شك أنه لا يجوز؛ لأنه يكون ديناً بدين، وإن كان يداً بيد بأن كانت الإبل بأعيانها، فكذلك لا يجوز؛ لأنه إنما يجوز إما بطريق المبادلة أو بطريق الزيادة^(١) على الواجب أو بطريق الهبة، وتجويزه بطريق المبادلة متعذر؛ لأنه وقع على جنس الحق والصلح، متى وقع على جنس الحق لا يعتبر مبادلة، بل يعتبر استيفاء لعين الواجب؛ لأن المستوفى عين الواجب حكماً إن كان غيره حقيقة، وإذا اعتبر استيفاء لعين الواجب صار أخذ أكثر من الدية، والدية مقدرة شرعاً، وتقدير الشرع إما أن يمنع الزيادة والنقصان، وهذا التقدير لا يمنع النقصان، فمتى لم يمنع الزيادة لم يظهر فائدة التقدير، ولا يمكن تجويز الزيادة بطريق الهبة؛ لأنه يكون هبة المشاع فيما يحتمل القسمة، وإنه باطل، وهذا بخلاف ما لو تزوج امرأة على مائة من الإبل بأعيانها، ثم اصطلحوا على مائة وخمسين من الإبل بأعيانها، كان ذلك جائزاً؛ لأنه إن لم يكن تجويزه بطريق المبادلة؛ لأن الصلح وقع على جنس الحق، فيكون استيفاء لعين الحق لا مبادلة، أمكن تجويزه بطريق الزيادة؛ لأن تقدير المسمى من جهتهما لا يمنعهما من الزيادة على ما قدرا، فإن الزوج لو زاد فى المهر جاز بخلاف تقدير الشرع إذا لم يمنع النقصان، فإنه يمنع الزيادة حتى لا تلغو فائدة التقدير.

١٩٥٢٠- هذا إذا وقع الصلح على أكثر من النوع الذى حصل به القضاء، فأما إذا وقع الصلح على أقل من جنس الحق، فإنه يعتبر إبراء عن البعض، واستيفاء للبض، والإبراء عن البعض جائز، ويجوز نسيئة كان أو يداً بيد، لأنه لا يكون صرفاً.

هذا إذا اصطلحوا على جنس ما وقع القضاء به على أكثر، أو أقل نسيئة، أو يداً بيد، فأما إذا اصطلحوا على خلاف جنس المقضى به، وقد صالحه على أكثر مما قضى به، فإنه لا يجوز؛ لأن الصلح متى وقع على خلاف جنس الحق يعتبر مبادلة، وقد أمكن

(١) وفى الأصل: "الشهادة" مكان "الزيادة".

تجوزيه؛ لأنه لا يتمكن فيها الربا، فجاز إلا أنه إذا كان المقضى به دراهم، وقد اصطالحا على دنائير أكثر منه، إنما يجوز إذا كان يداً بيد؛ لأنه يكون صرفاً، والصرف بالنسيئة باطل، وإن كان المصالح عليه فرساً أو حماراً أو عبيداً، إن كان ديناً، فإنه لا يجوز؛ لأن الافتراق وقع عن دين بدين وإن كان عيناً يجوز، وإن لم يقبض في المجلس؛ لأن الافتراق حصل عن عين بدين فيما ليس بصرف، وإن كان صالحه على أقل من المقضى به إن كان المقضى به دنائير، والآخر دراهم، فإنه لا يجوز نسيئة، ويجوز يداً بيد؛ لأن الصلح متى وقع على خلاف جنس الحق يعتبر مبادلة؛ لأنه لا يمكن أن يعتبر إبراء عن البعض وإسقاطاً للبعض، وإذا اعتبر مبادلة يكون صرفاً، والصرف لا يجوز إلا يداً بيد، وإن كان عرضاً من العروض إن كان نسيئة لا يجوز؛ لأنه يكون ديناً بدين، وإن كان بعينه يجوز، سواء قبض في المجلس أو لم يقبض؛ لأن الافتراق حصل عن دين بدين فيما ليس بصرف.

١٩٥٢١ - هذا الذي ذكرنا إذا اصطالحا بعد القضاء والرضا، فأما إذا اصطالحا قبل القضاء والرضا، إن اصطالحا على مال قرض في الدية، وإن كان المصالح عليه أكثر من الدية، فإنه لا يجوز، وإن كان يداً بيد، وكان يجب أن يقال: بأنه يجوز إن كان يداً بيد؛ لأن قبل القضاء والرضا حق ولى القتل غير متعين، فيكون حقه في أحد الأنواع الثلاثة عندهم جميعاً، وأحد الأنواع الستة عندهما، فإذا صالح على أحد الأنواع الذي فرض في الدية، وإنه أكثر من الدية يجب أن يجعل هذا بدلاً عن نوع آخر، وإن كان النوع الآخر منصوباً عليه احتيالا لهذا الصلح؛ لأن حقه بعد لم يتعين في نوع منهما، هذا كما قالوا: في كفارة اليمين يجعل الطعام بدلاً عن الكسوة، والكسوة عن الطعام إذا لم يكن تجوزيه عن نفسه بسبب النقصان احتيالا للجواز، ولذا كان كل واحد منهما منصوباً عليه في كفارة اليمين؛ لأن الواجب أحدهما، فكذلك هذا متى صالحه على أكثر من عشرة آلاف قبل قضاء القاضى بالدرهم، يجب أن يجعل بدلاً عن الدنائير وعن الإبل احتيالا للجواز؛ لأنه يحتال لجواز تصرف العاقل ما أمكن.

قلنا: إنما يحمل العقد على الجواز إذا احتل الفساد، والجواز إذا كان للجواز جهة متعينة، فأما إذا كان للجواز جهتان، وليست إحدهما بأولى من الأخرى، فإنه لا يمكن الحكم بالجواز، هذا كما قالوا: فيمن اشترى عبداً بألف درهم، وقبض العبد ولم

ينقد الثمن، ثم إن المشتري باع العبد المشتري مع عبد له آخر من بائعه بألف درهم ومائة، وقيمة كل واحد منهما ألف، فإنه لا يجوز البيع فى العبد الذى اشتراه، وإن أمكن تجويزه بأن يصرف إلى العبد المشتري من الثمن ألف والباقي بإزاء الآخر؛ لأنه كما يجوز إذا صرفنا^(١) إليه ألفاً، يجوز إذا صرفنا^(٢) إليه ألفاً ودرهماً، ولا بد من تعيين إحدى الجهتين، حتى يعرف حصة كل واحد منهما من الثمن، حتى إذا وجد بأحدهما عيباً يدرى بأى قدر يرد، وليست إحدى الجهتين بأولى من الآخر، فتعذر التجويز، فكذلك هنا للجواز جهتان: إن جعلنا الدراهم بدلاً عن الدنانير، جاز، وإن جعلناها بدلاً عن الإبل، يجوز، وليست إحدى جهتي الجواز بأن يعين أولى من الأخرى، فتعذر^(٣) التجويز بخلاف مسألة الكفارة؛ لأن جهة الجواز ثمة متعينة، وجهة الفساد متعينة، فأما متى جعلنا المؤدى عن نفسه لم يجز؛ لأنه ناقص، وإذا جعلناه بدلاً عن الأخرى جاز، فحملناه على ما يجوز كمن باع كر حنطة وكر شعير على ثلاثة أكرار حنطة، فثلاثة أكرار شعير، وإذا تعذر أن يجوز بطريق المبادلة، جعلنا هذا تعييناً منهما للنوع الذى اصطلحنا عليه، فإذا أخذ أكثر من ذلك لم يجز، وإن وقع الصلح على أقل من عشرة آلاف أو على أقل من ألف دينار، أو على أقل من مائة من الإبل، فإنه يجوز نسيئة كان أو يداً بيد؛ لأنه أبرأه عن البعض، واستوفى البعض، فإنه يجوز كيف ما كان، وإن وقع الصلح على جنس آخر لم يعرض فى الدية، فإنه يجوز؛ لأنه على أى الأنواع يجعل بدلاً عنه، فإنه يجوز إلا أنه إذا كان نسيئة لا يجوز؛ لأن الافتراق حصل عن دين بدين، وإن كان عيناً جاز - والله أعلم - .

١٩٥٢٢- قال فى "الأصل": وإذا قتل الرجل عمداً، فجاء أخوه يطلب دمه، فأقام البيعة أنه وارثه، لا وارث له غيره، وأقام القاتل البيعة أن له ابناً، وأنه قد صالح على الدية، وقبضها منه، درأت القصاص، حتى أنظر فيه، وقد مر هذا، فإن جاء الابن الغائب، وأنكر الصلح، فإن القاتل يحتاج إلى إعادة البيعة على الصلح، وعلى البنوة

(١) هكذا فى الأصل و"ف" و"م"، وكان فى "ظ": صرفاً.

(٢) هكذا فى الأصل و"ف" و"م"، وكان فى "ظ": صرفاً.

(٣) وكان فى الأصل: "فتعين" مكان "فتعذر".

إن أنكر الأخ بنوته، وإن أقرّ بينوته، يحتاج إلى إقامة البينة على الصلح، إذا أنكر الابن الصلح، ولا ينتصب الأخ الحاضر خصماً عن الابن الغائب في حق إثبات الصلح عن الغائب.

فرق بين هذا وبين أخوين غاب أحدهما، ادعى القاتل على الأخ الحاضر أنه صالح مع أخيه الغائب على خمسة آلاف درهم، وأقام على ذلك بينة، فإن الأخ الحاضر ينتصب خصماً عن الغائب، حتى لو حضر الأخ الغائب، وأنكر الصلح، لم يحتاج القاتل إلى إعادة البينة على الغائب.

ووجه الفرق بينهما ظاهر، وهو أن في مسألتنا هذه أقام القاتل البينة على الصلح على غير خصم؛ لأنه أقامها على أخ المقتول، وإنه ليس بخصم له في حق الصلح؛ لأنه لم يدع على الأخ تغير حقه^(١) في القصاص وانقلابه ما لا، حتى ينتصب خصماً له في ذلك، وإنما ادعى قصر يده عن نفسه لا غير على ما مر، وما ادعى على الأخ من قصر يده يثبت بمجرد البينة من غير صلح، فلا ينتصب الأخ خصماً عن الغائب في حق الصلح، ولا حاجة للقاتل إلى ذلك، وإذا لم يكن الأخ خصماً له فيما ادعى من الصلح على الابن صار إقامة البينة على الصلح على الأخ وعلى أجنبي آخر سواء.

فأما الأخ الحاضر انتصب خصماً له فيما ادعى من الصلح على الغائب؛ لأنه ادعى على الحاضر تغير حصته عن القصاص وانقلابه ما لا، يصلح ادعائه على أخيه الغائب، ولا يثبت ما ادعى على الحاضر من تغير حقه في القصاص، وانقلابه ما لا إلا بعد ثبوت ما ادعى من الصلح على الغائب، فانتصب الحاضر خصماً عن الغائب فيما ادعى على الغائب من الصلح كمن ادعى عيناً في يد غيره أنه اشتراه عن فلان الغائب، وأنكر الذي في يديه انتصب الحاضر خصماً عن الغائب في إثبات الشراء فكذا هذا.

١٩٥٢٣- قال محمد رحمه الله في "الجامع الصغير": وإذا كان للدم وليان أحدهما غائب، فادعى القاتل أن الغائب قد عفا عنه، وأقام البينة على ذلك، فإنه تقبل بيته، ويثبت العفو على الغائب، لو جاء الغائب لا يكلف القاتل إعادة البينة ثانياً، وذلك لأن القاتل ادعى على الشريك الحاضر سقوط حقه عن القصاص بعفو ادعاه على

(١) هكذا في الأصل، وكان في غيره: بغير حقه.

الغائب، وأنكر الحاضر عفو الغائب، فانتصب الحاضر خصماً عن الغائب فى حق سماع البينة عليه على ما ادعى من عفو الغائب، وأراد أن يستحلف الحاضر قال: يؤخر حتى يقدم الغائب هكذا ذكر وأطلق الجواب إطلاقاً.

قال مشايخنا: يريد محمد رحمه الله بقوله: يؤخر حتى يقدم الغائب تأخير استحلاف البتات، فإن الحاضر لا يستحلف على البتات؛ لأنه لو استحلف على البتات، فإنما يستحلف إما باعتبار الأصالة فى هذه الدعوى، أو باعتبار النيابة عن الغائب؛ لأن الحاضر أصيل فيما ادعى عليه القاتل من وجه من حيث إنه ادعى سبب ذلك على الغائب، وفى مثل هذا ينتصب الحاضر خصماً عن الغائب، ألا ترى أن فى حق سماع البينة اعتبر نائباً عن الغائب، فثبت أن الشريك الحاضر أصيل فى هذه الدعوى من وجه نائب من وجه، فباعتبار الأصالة لا يجوز أن يستحلف الحاضر على البتات بطريق الأصالة بالله ما عفا الغائب عن نصيبه؛ لأن الاستحلاف على فعل الغير شرع على العلم لا على البتات، ولا يجوز أن يستحلف على البتات بحكم النيابة عن الغائب؛ لأن نيابة الحاضر عن الغائب فى الخصومة ثبت حكماً، فيعتبر نيابة ثبت من جهة الغائب مقصوداً بأن وكله الغائب فى الخصومة مع القاتل، ولو ثبت الإنابة قصداً من جهة الغائب فى الخصومة بالتوكيل صلح نائباً عنه فى حق سماع البينة دون اليمين، فكذا إذا صار نائباً عن الحاضر حكماً.

١٩٥٢٤- ثم إنما جرى النيابة فى حق سماع البينة ولم يجر فى حق اليمين؛ لأن القصد من البينة إثبات الحق على المدعى قبله، وهذا المقصود يحصل بالنائب، كما يحصل بالمنوب عنه، وما هو المقصود من اليمين لا يحصل بالنائب؛ لأن المقصود من اليمين أن يثبت حق المدعى بالنكول، ولا يحصل هذا المقصود متى استحلف النائب؛ لأن النائب لا يستحلف على البتات؛ لأنه يحلف على فعل الغير، وإنما يستحلف على العلم، ومتى استحلف على العلم، يحلف؛ لأنه لا يكون له بذلك علم، فلا يحصل ما هو المقصود من اليمين، ولو استحلف الموكل على البتات، كان ينكل، فلهذا قالوا: بأن الاستحلاف لا يجرى فيه النيابة، إذا كان استحلاف المنوب عنه موهوماً، وإذا كان كذلك يؤخر الاستحلاف على البتات إلى أن يقدم الغائب.

فأما إذا أراد أن يستحلف الحاضر على العلم بالله ما يعلم أن الغائب عفا، فإنه يستحلف بحكم الأصالة لا بحكم النيابة؛ لأنه ادعى سقوط حقه، وإنه دعوى عليه، وقد أمكن استحلافه على العلم بحكم الأصالة، إن تعذر الاستحلاف على البتات بحكم الأصالة، فيستحلف على العلم كالوارث فيما يدعى على الميت.

ويجب أن يكون الجواب فيما إذا ادعى شراء عين فى يد حاضر على الغائب، ولم يكن له بينة، وطلب يمين ذى اليد أن يكون الجواب فيه على هذا التفصيل، فإن طلب الاستحلاف على البتات لم يستحلف حتى يقدم الغائب، ثم إذا قدم الغائب، فالقاضى يستحلفه، فإن نكل عن اليمين بطل حقه، وتحول نصيب الحاضر مالا؛ لأن النكول بمنزلة الإقرار، وإن حلف الغائب، فالقصاص على حاله.

وإن قال: القاتل لى بينة حاضرة فى المصر على عفو الغائب، فإنه يؤجل ثلاثة أيام، ولا يستوفى منه القصاص؛ لأنه لو ادعى البراءة عن الدين، وقال: لى بينة حاضرة فى المصر، فإنه يؤجل ثلاثة أيام، ولا يستوفى منه للحال، وإن كان لو استوفى الدين للحال، ووقع الغلط فى الاستيفاء، بأن ظهر أن صاحب الدين أبرأه، يمكنه التدارك، فلا يؤجل فى القصاص، وإنه لو استوفى فى الحال، ووقع الغلط فى الاستيفاء، لا يمكن التدارك، كان أولى.

هكذا ذكر شيخ الإسلام فى شرحه، وسوى بين مسألة العفو وبين مسألة الإبراء فى التأجيل ثلاثة أيام، وذكر الشيخ الإمام الأجل الزاهد أحمد الطواويسى: أن فى المال يؤخر إلى آخر المجلس، وفرق بين مسألة العفو وبين المال قال: لأن باب الدم أعظم من باب المال.

١٩٥٢٥- وذكر الشيخ الإمام الأجل شمس الأئمة الحلوائى: أن القاضى فى دعوى العفو يؤجله بقدر ما يرى، قال: وما ذكر فى الكتاب: أن القاضى يؤجله ثلاثة أيام ليس بتقدير لازم.

وقال بعض المشايخ: إن التقدير بثلاثة أيام إنما كان؛ لأن القاضى فى ذلك الزمان كان يجلس بين^(١) كل ثلاثة أيام، فإن قال بعد ما مضى ثلاثة أيام: شهودى غيب، أو قال

(١) وكان فى الأصل: "فى مكان بين".

من الابتداء : شهودى غيب ، فالقياس أن يستوفى منه القصاص ولا يؤخره . وفى الاستحسان : لا يستوفى منه القصاص إلى أن يقع فى علم القاضى أنه لو كان له بينة لأقامها ؛ لما ذكرنا أن أمر القصاص أمر عظيم لو وقع فيه الغلط والخطأ ، لا يمكنه التدارك .

١٩٥٢٦- قال محمد رحمه الله فى " الجامع الصغير " : رجل قتل رجلا عمداً ، وللمقتول ثلاثة أولياء ، فشهد اثنان منهم على الآخر أنه عفا ، فشهادتهما باطلة وهو عفو منهما ، يجب أن يعلم بأن هنا مسألتان : إحداهما : إذا كان للمقتول وليان ، فشهد أحدهما على صاحبه بالعفو ، والثانية : إذا كان للمقتول ثلاثة أولياء شهد اثنان منهم على الآخر بالعفو .

ومحمد رحمه الله ذكر فى هذا الكتاب إحدى المسألتين : وهو ما إذا كان للمقتول ثلاثة أولياء ، ولم يذكر الأخرى : وهو ما إذا كان له وليان ، وإنما ذكرها فى الأصل ، فنبدأ بما إذا كان له وليان ، وإنه على قسمين : إما إن شهد أحدهما على صاحبه بالعفو ، وصاحبه لا يشهد عليه بذلك ، أو شهد كل واحد منهما على صاحبه بالعفو ، فإن شهد أحدهما على صاحبه بالعفو ، فهو على خمسة أوجه : الأول : إذا صدق القاتل ، والمشهود عليه الشاهد فى شهادته ، وفى هذا الوجه العفو واقع ، وينجب للشاهد فى مال القاتل نصف الدية مؤجلاً فى ثلاث سنين ، ولا يجب للمشهود عليه على القاتل شىء من الدية ؛ لأن عفو المشهود عليه ثبت بإقراره ، والثابت بإقرار صاحب الحق كالثابت معانية ، ولو عاينا عفو المشهود عليه كان العفو واقعاً ، وسقط نصيب العافى من القصاص مجاناً وتحول نصيب الآخر مالا ؛ لأنه قصاص بين شريكين عفا أحدهما ، فكذلك إذا ثبت عفو المشهود عليه بإقراره .

وإن كذب المشهود والقاتل الشاهد فى شهادته فالعفو واقع ويسقط نصيب الشاهد من القصاص مجاناً ، ويتحول نصيب المشهود عليه مالا ، فيجب للمشهود عليه على القاتل نصف الدية .

أما العفو واقع وذلك لأن الشاهد لما شهد بعفو صاحبه ، فقد أقر بسقوط القصاص فى نصيبه ، ونصيب المشهود عليه ، فصح إقراره بسقوط القصاص فى نصيبه ؛ لأنه مالك

لإسقاط نصيبه ، وإذا سقط نصيبه بإقراره سقط نصيب العافى ، كما لو عفا الشاهد عن نصيبه ، ثم يسقط نصيب الشاهد مجاناً ، حتى لا يجب له نصف الدية على القاتل ؛ لأنه فى ذلك يدعى المال على القاتل ، والدعوى على الغير لا تثبت إلا بالبينة أو بتصديق المدعى عليه ، ولم توجد البينة ، إما لأن شهادته بالعفو على صاحبه شهادة لنفسه بالمال ، وشهادة الإنسان لنفسه لا يكون شهادة على الحقيقة ، أو لأنه شهادة فرد .

وكذا لم يصدق المدعى عليه ، وهو القاتل فيما ادعى عليه من المال ، فلم يثبت للشاهد المال على القاتل ، وسقط نصيبه عن القصاص مجاناً ، وكان هذا بمنزلة ما لو قال الشاهد للقاتل : عفوتك عن نصيبى على نصف الدية ، وقبلت ذلك ، وأنكر القاتل ، وقال : لم أقبل فإنه صح العفو ، ولا يجب المال ، كذا ههنا ، وتحول نصيب المشهود عليه من القصاص مالا ؛ لأنه لم يوجد من المشهود عليه ما يوجب سقوط القصاص فى نصيبه ، لا عفو ، ولا إقرار بعفو صاحبه ، وإنما سقط حقه فى القصاص لإقرار الشاهد أن نصيبه من القصاص ساقط ، فإذا كان سقوط حقه فى القصاص لمعنى جاء من جهة الشاهد وهو إقراره بسقوط القصاص فى نصيبه تحول مالا ، كما لو عفا الشاهد .

فرق أبو حنيفة رحمه الله بين هذا وبين عبد بين شريكين ، شهد أحدهما على صاحبه أنه أعتق نصيبه ، وكذبه العبد والمشهود عليه فى شهادته ، فإن للشاهد أن يستسعى العبد فى نصيبه إن شاء ، فى قول أبى حنيفة رحمه الله : سواء كان المشهود عليه موسراً أو معسراً ، فقد جعل نصيب الشاهد فى مسألة العتق مضموناً على العبد ، وإن كان نصيب الشاهد احتبس عند العبد لمعنى جاء من جهته وهو شهادته ، وهنا لم يجعل نصيب الشاهد من القصاص مضموناً على القاتل ، وإن احتبس نصيب الشاهد عند القاتل بشهادته وإنما كان كذلك ، وذلك لأن نصيب الشاهد من العبد مال متقوم^(١) ، وقد احتبس عند العبد لمعنى من جهته لا بإعتاقه ، فإنه لم يقر أنه أعتق نصيبه ، وما احتبس من ملك صاحب العبد عند العبد لا بإعتاقه فإنه يجوز أن يتقوم على العبد ، وإن جاء الاحتباس من جهة صاحب العبد كما لو كان العبد كله له ، فأعتق نصفه ، كان له أن يستسعى العبد فى النصف الآخر .

(١) وكان فى "ظ" و "ف" : منقول .

وإن احتبس النصف الآخر عند العبد لمعنى جاء من جهته ، وهو إعتاقه للنصف الأول ، وهنا نصيب الشاهد من القصاص ليس بمال ، وقد احتبس عند القاتل لمعنى جاء من جهة الشاهد ، فلا يتقوم على القاتل كما لو كان القصاص كله له ، وعفا عن النصف .

وإن صدق القاتل الشاهد فى شهادته ، وكذبه المشهود عليه ، فإن العفو واقع ؛ لما بينا ، ويجب على القاتل دية كاملة نصفها للشاهد ، ونصفها للمشهود عليه ، أما نصف الدية للشاهد وذلك لأن الشاهد أقر بسقوط القصاص فى نصيبه بنصف دية على القاتل لما شهد أن صاحبه قد عفا ، والقاتل صدقه فيما ادعى عليه من نصف الدية ، فوجب له نصف الدية على القاتل كما لو قال الشاهد : عفوتك عن نصيبى على نصف الدية وقبلت ذلك ، وصدقه القاتل ، يجب له نصف الدية على القاتل ، ويجب للمشهود عليه نصف الدية ، وذلك لأن القصاص فى نصيب المشهود عليه ما سقط من جهته ، فإنه لم يوجد منه عفو ، ولا إقرار بعفو صاحبه ، وإنما سقط حقه لإقرار الشاهد بسقوط القصاص فى نصيبه فينقلب نصيبه مالا كما لو عفا الشاهد ، فلهذا وجب فى مال القاتل دية كاملة بينهما نصفان .

وإن أكذب القاتل الشاهد فى شهادته ، وصدق المشهود عليه الشاهد فى شهادته ، فالعفو واقع لما بينا ، وهل يجب على القاتل شىء من الدية؟ القياس أن لا يجب ، وفى الاستحسان : يجب عليه للشاهد نصف الدية فى ماله ، وبه أخذ علماءنا الثلاثة .

وجه القياس فى ذلك : وهو أن الشاهد أقر بسقوط القصاص فى نصيبه بنصف دية وجب له على القاتل حكماً لشهادته بالعفو على صاحبه فصح إقراره بسقوط القصاص ، ولم يجب له نصف الدية على القاتل إذا أكذبه القاتل كما لو قال : عفوتك عن نصيبى على نصف الدية وقبلت ، وقال القاتل : لم أقبل ، وهناك لا يجب على القاتل شىء ، فكذا هذا ، وكذا لا يجب للمشهود عليه على القاتل شىء ، وإن زعم القاتل حين كذب الشاهد فى شهادته بالعفو على صاحبه إنه وجب عليه نصف الدية للمشهود عليه إلا أن المشهود عليه لما صدق الشاهد فى شهادته ، وأقر أنه عفا القاتل فقد كذب القاتل ، فبهذا أقر له من نصف الدية ، فبرئ القاتل عن حق المشهود عليه ، فلم

يجب على القاتل شىء من الدية من هذا الوجه .

وجه الاستحسان فى ذلك : وهو أن القاتل لما كذب الشاهد فى شهادته بالعفو على صاحبه ، فقد كذبه فيما ادعى على القاتل من نصف الدية ، وأقر للمشهود عليه بنصف الدية فى ماله ؛ لأنه زعم أن نصيب المشهود عليه ، إنما سقط لمعنى جاء من جهة الشاهد لا من جهة المشهود عليه ، والمشهود عليه لما صدق الشاهد فى شهادته ، فقد أقر بذلك الشاهد ، والمقر له بالمال إذا قال للمقر : ما أقررت ليس لى ، وإنما هو لفلان كان المقر به لفلان كمن أقر لزيد مائة درهم ، فقال زيد : هى ليست لى ، وإنما هى لعمرى صار المال لعمرى ، وكذلك هنا ، بخلاف ما لو كذب المشهود عليه الشاهد فى شهادته ، فإن ما وجب للمشهود عليه من نصف الدية لا يصير للشاهد ؛ لأن ثمة لم يقر بذلك للشاهد لما كذبه فى شهادته .

فأما إذا لم يصدق القاتل والمشهود عليه الشاهد فى شهادته ، ولا كذبه فى شهادته ، بل سكتا ، فالجواب فيه كالجواب فيما لو كذب الشاهد ؛ لأن السكوت حالة الدعوى جعل إنكاراً حكماً ، حتى سمع البيئة على الساكت على ما عرفت ، وقد ادعى الشاهد على القاتل نصف الدية ، وقد سكت القاتل ، وادعى الشاهد على المشهود عليه أنه سقط حقه عن القصاص ، وقد سكت المشهود عليه ، فيجعل سكوت كل واحد منهما حالة الدعوى إنكاراً حكماً ، وإذا كان السكوت من القاتل والمشهود عليه إنكاراً أو تكذيباً للشاهد فى شهادته حكماً ، كان الجواب فيه كالجواب فيما لو كذبه حقيقةً .

١٩٥٢٧ - وهذا إذا شهد أحدهما على صاحبه بالعفو ، ولم يشهد عليه صاحبه ، فأما إذا شهد^(١) كل واحد منهما على صاحبه أنه عفا عن نصيبه ، فهذا على وجهين : إما إن شهدا بذلك معاً بأن خرج الشهادتان منهما معاً ، أو شهدا بذلك على التعاقب ، فإن شهدا معاً ، فالمسألة لا تخلو من أربعة أوجه : إما أن يكذبهما القاتل فى شهادتهما ، أو يصدق أحدهما فى شهادته ، ويكذب الآخر ، أو يصدقهما فى شهادتهما ، أو يسكت القاتل لا يصدقهما ، ولا يكذبهما فى شهادتهما .

فإن كذبهما القاتل فى شهادتهما ، فالعفو واقع ، ولا يجب على القاتل شىء من

(١) وفى "ظ" : أشهد .

الدية لواحدهما، وذلك لأن كل واحد منهما قد أقر بسقوط القصاص فى نصيبه بنصف دية، وجب له على القاتل حكماً لشهادته على شريكه، فصح إقرارهما بسقوط القصاص؛ لأنه إقرار على أنفسهما، ولم يجب المال على القاتل؛ لأنه دعوى على القاتل، وكان هذا بمنزلة ما لو ادعى كل واحد منهما أنه عفا عن نصيبه بنصف الدية، وادعى قبوله القتل، وأنكر القاتل، ولو كان كذلك سقط القصاص بإقرارهما ولم يجب المال لإنكار القاتل، فكذلك هذا.

١٩٥٢٨- وهذا بخلاف ما لو شهد أحدهما بالعفو على صاحبه، ولم يشهد عليه صاحبه، وكذب القاتل والمشهود عليه فى شهادته، فإنه يجب للمشهود عليه نصف الدية؛ لأن سقوط القصاص فى نصيب المشهود عليه ثمة ما كان من جهة المشهود عليه، فإنه لم يثبت عفو، ولا أقر بعفو صاحبه، وهنا سقوط القصاص فى نصيبه بإقراره أن صاحبه عفا، فكان سقوط القصاص فى نصيبه من جهته، لكنه بما لادعاه على القاتل، فسقط حقه فى القصاص لإقراره ولم يجب له المال على القاتل لإنكاره.

وإن صدق أحدهما فى شهادته، وكذب الآخر فصدق زيداً مثلاً، وكذب عمرو، وقع العفو، ووجب لزيد نصف الدية فى مال القاتل ولا يجب لعمرو شيء على القاتل، وذلك لأن كل واحد منهما أقر بسقوط القصاص فى نصيبه بنصف دية، وجب له على القاتل، فصح إقرارهما بسقوط القصاص، ولم يثبت المال على القاتل إلا بتصديقه؛ لأن القاتل صدق زيداً فيما ادعى عليه من المال، وكذب عمرو، فوجب لزيد عليه نصف الدية، ولم يجب لعمرو عليه شيء، وكان كما لو ادعى كل واحد منهما أنه عفا عن نصيبه بنصف الدية، وقبله القاتل، وصدق القاتل أحدهما فى ذلك، وكذب الآخر، وهناك يجب المال للذى صدق، ولا يجب للذى كذب شيء، فكذلك هنا.

وإن صدقهما القاتل فى شهادتهما، فهذا على وجهين: إما أن صدقهما معاً بأن قال: صدقتما، أو صدق أحدهما بعد صاحبه بأن قال لزيد أولاً: صدقت فى شهادتك، ثم قال بعد ذلك لعمرو: وصدق فى شهادتك، فإن صدقهما القاتل معاً، فالقياس أن تجب لهما على القاتل دية كاملة فى ماله، بينهما نصفان.

وفى الاستحسان: لا يجب على القاتل شيء من الدية لواحدهما.

وجه القياس وهو أن كل واحد منهما أقر بسقوط القصاص فى نصيبه بنصف دية وجب على القاتل، والقاتل لما قال لهما: صدقتهما معاً، فقد صدق كل واحد منهما فيما ادعى عليه من نصف الدية، فوجب لكل واحد منهما على القاتل نصف الدية، ألا ترى أنه لو صدق أحدهما، وكذب الآخر، وجب عليه نصف الدية للذى صدقه، فإذا صدقهما، يجب عليه نصف الدية لكل واحد منهما.

وللاستحسان عبارتان: إحداهما: أن القاتل متى صدقهما فى شهادتهما معاً، فقد صدق كل واحد منهما فيما ادعى عليه من نصف الدية من وجه وكذبه من وجه، وذلك لأنه لما صدق زيداً فى شهادته على عمرو أنه عفا، إن صدق القاتل زيداً فيما ادعى عليه من نصف الدية، فقد كذب عمرواً فيما ادعى عليه من نصف الدية لا محالة؛ لأنه متى كان عمرو عافياً لا يكون له على القاتل شيء، ولما صدق عمرواً فى شهادته بالعفو على زيد إن صدق عمرواً فيما ادعى عليه من نصف الدية إلا أنه صار مكذباً لزيد فيما ادعى عليه من نصف الدية؛ لما مر، فقد صار مصدقاً لكل واحد منهما فيما ادعى عليه من المال من وجه ومكذباً له من وجه، وقد ثبت الأمران معاً فى حق كل واحد منهما قبل استقرار حكم التكذيب، والتصديق بالسكوت عليه لما قال: صدقتهما معاً، فلم يثبت من القاتل واحد من الأمرين فى حق كل واحد منهما لا تكذيب، ولا تصديق، فصار كأنه سكت، ولم يصدق واحداً منهما، ولم يكذبهما، ولو سكت ولم يصدقهما ولم يكذبهما لم يكن عليه شيء، فكذلك هنا بخلاف ما لو صدق زيداً، ولم يصدق عمرواً فى شهادته؛ لأنه متى لم يصدق عمرواً فى شهادته، لم يصير مكذباً لزيد بعد ما صدقه، فوجب المال لزيد، فأما متى صدقهما معاً، فقد صدق كل واحد منهما فيما ادعى عليه من المال من وجه، وكذبه من وجه، وقد خرج الأمران معاً، فلم يثبت واحد منهما.

هذا إن اعتبرنا تصديقه وتكذيبه إياهما معاً، وإن اعتبرنا تصديقه إياهما، ولم نعتبر تكذيبهما، لا يجب المال أيضاً، وهى العبارة الثانية لوجه الاستحسان؛ لأنه صدقهما أنهما عفواً، ومتى عفواً لا يكون لهما على القاتل شيء.

ومحمد رحمه الله يشير فى الكتاب إلى هذا، فإنه قال: لما صدقهما معاً فقد زعم أنهما عفواً بخلاف ما إذا صدق أحدهما لا غير؛ لأنه أقر بعفو أحدهما، وبعفو أحدهما

يجب عليه نصف الدية .

١٩٥٢٩- هذا إذا صدقهما معاً، فأما إذا صدقهما على التعاقب، فإنه يجب لهما دية كاملة بينهما نصفان، وذلك لأنه لما صدق زيداً أولاً في شهادته بالعفو على عمرو، فقد صدق زيداً فيما ادعى عليه من المال، وكذب عمرواً، فلما صدق عمرواً في شهادته على زيد أنه عفا بعد ذلك، فقد صدق عمرواً فيما ادعى عليه من المال بعد ما كذبه بتصديق زيد، وكذب زيداً أيضاً إلا أن الإقرار لعمره حصل بعد التكذيب، وإنه جائز، والتكذيب لزيد وجب بعد ما تقرر حكم التصديق بالسكوت عليه، فكان رجوعاً، فلم يعمل .

وأما إذا سكت القاتل لم يصدقهما، ولم يكذبهما في شهادتهما، لم يجب على القاتل شيء؛ لأن السكوت في الدعاوى جعل إنكاراً من حيث الحكم، فصار كأنه كذبهما فيما شهدا له .

هذا إذا شهدا معاً، فأما إذا شهد كل واحد منهما على صاحبه أنه عفا على التعاقب، فلا يخلو من أربعة أوجه: إما أن يكذبهما القاتل في شهادتهما، أو يصدق أحدهما في شهادته، ويكذب الآخر، أو يصدقهما في شهادتهما، أو سكت لم يصدق واحد منهما في شهادته ولم يكذبه .

فإن كذبهما القاتل في شهادتهما، فالعفو واقع، ووجب على القاتل نصف الدية للثاني الذي شهد آخرًا، ولم يكن للشاهد الأول على القاتل شيء من الدية، أما لا شيء للشاهد الأول؛ لأن الشاهد أقر بسقوط القصاص في نصيبه بنصف دية وجب على القاتل، وقد كذبه القاتل في ذلك، فلم يكن للشاهد الأول شيء على القاتل، كان للثاني نصف الدية؛ لأن القاتل لما كذب الأول في شهادته، فقد زعم أن للثاني نصف الدية في ماله؛ لأن حقه في القصاص، إنما سقط من جهة الأول، فقد حصل القاتل مقرراً للثاني بنصف الدية في ماله، ولم يوجد من الثاني تكذيب له في إقراره له؛ لأنه لم يوجد من الثاني إلا شهادته أن الأول قد عفا، وهذا يوجب تصديق القاتل فيما أقر له من نصف الدية لا تكذيبه، فلهذا كان للثاني نصف الدية في مال القاتل، ولم يكن للشاهد الأول في ماله شيء .

وإن صدق أحدهما فى شهادته، وكذب الآخر، فهذا على وجهين: إما أن يصدق الأول منهما فى شهادته ويكذب الثانى، أو يصدق الثانى ويكذب الأول، إن صدق الأول فى شهادته، وكذب الثانى، فعليه دية كاملة بينهما، نصفه للأول، ونصفه للثانى، أما يجب للأول نصف الدية فى مال القاتل؛ لأن الأول لما شهد بعفو صاحبه، فقد أقر بسقوط القصاص فى نصيبه بنصف دية، وجب له على القاتل، وقد صدقه القاتل فى ذلك، وأما يجب للثانى نصف الدية فى ماله؛ لأن بشهادة الأول وجب للثانى نصف الدية فى ماله؛ لأن القصاص فى نصيب الثانى، إنما سقط من جهة الأول لا من جهة الثانى، فيجب للثانى نصف الدية فى مال القاتل كما لو عفا، وإذا وجب على القاتل نصف الدية حكماً بشهادة الأول، لا ييطل عنه بعد ذلك بتكذيب القاتل، وكان تكذيب القاتل لغوا فى حق الثانى.

١٩٥٣٠- هذا إن صدق الأول وكذب الثانى، فأما إذا صدق الثانى وكذب الأول فإنه يجب للثانى نصف الدية ولا يجب للأول شيء، أما يجب للثانى نصف الدية على القاتل؛ لأنه كان يجب على القاتل للثانى نصف الدية لو كذبه حكماً بشهادة الأول؛ لأن شهادة الأول فى حق الثانى بمنزلة عفو الأول، فإذا صدقه أولى ولا يجب للأول شيء؛ لأن الأول أقر بسقوط القصاص فى نصيبه بنصف دية وجب له على القاتل، فصح إقراره بسقوط القصاص، ولم يجب على القاتل المال لتكذيبه.

فأما إذا صدقهما جميعاً، فهذا على وجهين: إما أن يصدقهما معاً، أو على التعاقب، فإن صدقهما معاً، فالقياس أن يجب فى مال القاتل دية كاملة بينهما، وفى الاستحسان: يجب نصف الدية للثانى، ولا يجب شيء للأول.

وجه القياس: أن فى تصديقهما معاً تصديق الأول، وزيادة لو صدق الأول لا غير، قد ذكرنا أنه يجب على القاتل دية كاملة بينهما.

وجه الاستحسان: وهو أنه لما صدق كل واحد منهما معاً، فقد صدق كل واحد منهما فيما ادعى عليه من المال من وجه وكذبه من وجه، فلم يثبت التصديق، ولا التكذيب على ما بينا، فصار كأنه لم يصدقهما، ولم يكذبهما، ولكنه سكت.

ولو سكت القاتل، ولم يصدق ولم يكذب كان عليه نصف الدية للثانى، فكذا

هذا .

وإن صدقهما على التعاقب ، ضمن دية كاملة بينهما نصفان سواء بدأ بتصديق الأول أم بتصديق الثاني ، إن بدأ بتصديق الأول ، فلأول نصف الدية ؛ لأن الأول أقر بسقوط حقه في القصاص بنصف دية ، وجب له على القاتل ، وصدقه القاتل في ذلك ، ووجب للثاني على القاتل نصف الدية حكماً لشهادة الأول ؛ لأنه يجب له ذلك ، وإن كذب القاتل فإذا صدقه أولى .

وأن بدأ بتصديق الثاني فلائنه يجب للثاني نصف الدية على القاتل حكماً لشهادة الأول لو كذبه القاتل ، فإذا صدقه أولى ، فصار للثاني نصف الدية ، وصار بتصديق الثاني مكذباً للأول فيما شهد على الثاني ، فإذا صدق الأول بعد ذلك ، فقد أقر له بنصف الدية في ماله بعد ما كذبه بتصديق الثاني ؛ لأن الإقرار من المدعى عليه بعد ما كذب المدعى صحيح ، فكان عليه دية كاملة بينهما من هذا الوجه .

هذا إذا كان الدم بين اثنين ، فأما إذا كان الدم بين الثلاثة وهي مسألة " الجامع الصغير " فشهد اثنان منهم على الآخر أنه قد عفا فهذه المسألة على أربعة أوجه : إما أن يصدقهما القاتل والمشهود عليه ، وفي هذا الوجه بطل نصيب العافي وانقلب نصيب الشاهدين مالا ، وإن كذبهما فلا شيء للشاهدين ويصير نصيب المشهود عليه مالا ، وإن صدقهما المشهود عليه وحده غرم القاتل ثلث الدية ، وهو نصيب المشهود عليه ، ويكون ذلك للشاهدين على ما بينا ، وإن صدقهما القاتل وحده غرم الدية بينهما أثلاثاً ؛ لأنه لما صدقهما ، فقد أقر لهما بثلثي الدية ، وادعى بطلان حق المشهود عليه في الثلث ، ولم يثبت ما ادعى ، فصار مالا .

وكذلك لو شهد اثنان منهم على الآخر أنه صالح على مال وأنكر المشهود عليه إن كذبهما القاتل في شهادتهما ، فلا شيء للشاهدين ، وللمشهود عليه ثلث الدية ، ألا ترى أنهما لو شهدا بعفو بغير بدل ، وكذبهما القاتل كان على القاتل ثلث الدية للمشهود عليه في ماله ، ولم يكن للشاهد شيء ، فكذا إذا شهد عليه بعفو ببذل ، وإن صدقهما القاتل في شهادتهما وأنكر المشهود عليه كان للشاهدين على القاتل ثلثا الدية كما لو شهدا على صاحبه بعفو بغير بدل ، وصدقهما القاتل في ذلك ، وللمشهود عليه ثلث الدية ، لا

ينقص حقه عن الثلث بشهادتهما، وذلك لأن شهادتهما قبل تصديق القاتل إياهما فى شهادتهما دعوى؛ لأنهما يشهدان لأنفسهما بما على القاتل، وشهادة الإنسان لنفسه دعوى، والدعوى لا تصير شهادة بتصديق القاتل، واعتبر بما لو شهدا بالعفو على صاحبهما بغير بدل، وأنكر المشهود عليه، وصدقهما القاتل، وهناك لم تصر دعواهما شهادة بتصديق القاتل، حتى لا يسقط نصيب المشهود عليه من القصاص مجانباً بغير شيء، كما قبل تصديق القاتل لواحد منهم.

قال محمد رحمه الله فى تعليل هذه المسألة: لأنهما يجبران لأنفسهما ثلثى الدية، فلا يصدقان.

قالوا: وما ذكر محمد رحمه الله لا يكاد يصح، وذلك لأن الواحد منهم إذا ادعى الصلح، وأنكر القاتل سقط القصاص فى نصيبه لإقراره بسقوط القصاص وانقلب نصيب الآخرين ما لا قبل شهادتهما، فشهادتهما لا يجبران إلى أنفسهما ثلثى الدية؛ لأن ثلثى الدية واجب لهما قبل شهادتهما حكماً لإقرار صاحبهما بالعفو فى نصيبه، إنما يثبتان بدل الصلح على القاتل لأخيهما بشهادتهما، وشهادة الأخ لأخيه مقبولة، فكان يجب أن يقول: بأن للشاهدين على القاتل ثلثى الدية، ولمدعى الصلح بدل الصلح على القاتل.

وقد قال: لا شيء لواحد منهم على القاتل، وإذا لم يكن ما ذكر صحيحاً، فبظاهره لا بد من تأويل، فنقول: أراد بذلك أن الشاهدين شهدا على صاحبهما بالصلح، وقد أنكر الصلح، أو سكت، ثم ادعى بعد ذلك الصلح على عرض من العروض، ومتى كان كذلك، لا يجب على القاتل شيء؛ لأن الشاهدين أقرا بسقوط القصاص فى نصيبهما بثلثى دية، وجب لهما على القاتل قبل إقرار المشهود عليه بالصلح، فسقط القصاص بإقرارهما، ولم يجب المال لتكذيب القاتل إياهما، وصار القاتل مقرراً للمشهود عليه بثلث الدية فى ماله حكماً لإقراره صاحبه بسقوط القصاص فى نصيبهما، إلا أن المشهود عليه بالصلح ادعى الصلح على عرض، فقد كذب القاتل فيما أقر له، فلم يجب على القاتل شيء لواحد منهم.

ومحمد رحمه الله لم يذكر فى الكتاب كيفية وضع المسألة نصاً، لكن بين بالتعليل

أنه أراد بوضع المسألة ما ذكرنا؛ لأنه علل، وقال: لأنهما يجبران إلى أنفسهما ثلثي الدية، وإنما يكونان جارين إذا كان شهادتهما بالصلح قبل دعوى صاحبه، فأما إذا كان بعد دعوى صاحبه لا يكونان جارين إلى أنفسهما بشهادتهما ثلثي الدية؛ لأن ثلثي الدية وجب لهما قبل شهادتهما.

ومحمد رحمه الله قد بين بالتعليل كيفية وضع المسألة في بعض المواضع من كتبه. قال محمد رحمه الله في ديات "الأصل": إذا شهد شاهدان من الورثة على بعضهم أنه عفا عن حصته من الدم والقتل خطأ، فشهادتهما جائزة، إذا لم يقبض الشاهدان نصيبهما من الدية.

وذكر في كتاب الصلح والمأذون من الأصل في الدين: إذا كان بين ثلاثة نفر، شهد اثنان على الثالث، أنه أبرأ عن نصيبه، أنه لا تقبل شهادتهما، فصار في المسألة روايتان، واتفقت الروايات أنه إذا شهد بعض الشركاء على البعض، أنه قبض نصيبه من الدية، أنه لا تقبل شهادتهما، سواء قبض الشاهدان نصيبهما من الدين أو لم يقبضا.

وكذلك اتفقت الروايات أنهما إذا شهدا على صاحبهما بالإبراء، وقبض الشاهدان نصيبهما، إنه لا تقبل شهادتهما، وإنما اختلف الرواية فيما إذا شهد البعض على البعض أنه أبرأ عن حصته والشاهدان لم يقبضا نصيبهما من الدين.

وجه ما ذكر في كتاب الصلح والمأذون: ظاهر أنهما بشهادتهما يجبران إلى أنفسهما مغنماً؛ لأنهما بشهادتهما يقطعان شركة المشهود عليه في الباقي من الدين متى قبضا، فلا تقبل شهادتهما كما لو شهدا أنه أبرأه عن نصيبه، وقد قبضا نصيبهما وقاساً^(١) على ما لو شهدا على صاحبه أنه قبض نصيبه. ودليله ما لو كان المشترك بينهم قصاصاً، فشهدا على صاحبه أنه عفا لا تقبل؛ لأنهما بشهادتهما يجبران إلى أنفسهما مغنماً؛ لأنهما يحولان نصيبهما مالا.

وجه ما ذكر في كتاب الديات: أنهما بشهادتهما لا يثبتان لأنفسهما حق المشاركة في شيء مما في يد المشهود عليه؛ لأنهما زعما أنه أبرأه عن نصيبه، ولم يقبض شيئاً،

(١) هكذا في "ظ" و"م"، وكان في الأصل و"ف": قياساً.

حتى يثبتان لأنفسهما حق المشاركة فى ذلك ، ولا أبطلاً^(١) حق مشاركة تثبت للمشهود عليه قبلهما ؛ لأنهما لم يقبضا شيئاً من الدين حتى يكون للمشهود عليه حق المشاركة فيما قبضا ، ولا حولاً نصيبهما مالا^(٢) بشهادتهما بعد ما لم يكن ، فإن نصيبهما كان مالا ، وإنما منعا ثبوت حق المشاركة للمشهود عليه متى قبضا نصيبهما فى الثانى ، والشاهد بشهادتهما يملك المنع ، إن كان لا يملك إثبات حق لنفسه على الغير ، ولا إبطال حق توجه عليه للغير بشهادته .

١٩٥٣١- هذا كما لو قال فى كتاب الوصايا : إن وصى الميت إن كان اثنتان شهدا لرجل بدين على الميت ، وعلى الميت دين ظاهر ، ذكر أنهما إن كانا قبضا دين المشهود له ثم شهدا لا تقبل شهادتهما ، وإن لم يكونا قبضا دين المشهود له قبلت شهادتهما ، وذلك لأنهما متى قبضا دين المشهود له ، فهما بشهادتهما يدفعان مغرمًا عن أنفسهما ، فإنه يثبت لصاحبه الدين الظاهر ، إن ضمنهما ما دفعا إلى من لم يكن دينه ظاهراً ، فهما بشهادتهما يبطلان ضمناً وجب عليهما من حيث الظاهر ، فكانا دافعين عن أنفسهما مغرمًا ، فلم تقبل شهادتهما ، وإذا لم يكونا قبضا دين المشهود له قبلت شهادتهما ؛ لأنهما بشهادتهما لا يدفعان عن أنفسهما ضمناً ، وجب عليهما ، وإنما يمنعان وجوب الضمان عن أنفسهما فى النصف متى قبضا إذا كان دينهما على السواء ، فملكا بشهادتهما المنع ، ولم يملكا الإبطال ، فكذلك هذا بخلاف ما لو شهدا على صاحبه أنه قبض نصيبه ، فإنه لا تقبل شهادتهما ؛ لأنهما يجران إلى أنفسهما مغنماً ، فإنهما يثبتان لأنفسهما المشاركة فيما قبضه المشهود عليه إن لم يكونا قبضا نصيبهما ، وإن كانا قبضا نصيبهما ، فقد ثبت للمشهود عليه حق أن يشاركهما فيما قبضا ، فهما بشهادتهما أن صاحبهما قبض نصيبه أيضاً شهدا ببطلان حق مشاركة تثبت له فيما أيديهما ، فكانا بشهادتهما دافعين عن أنفسهما مغرمًا ، أو جارين إلى أنفسهما مغنماً ، فلم تقبل شهادتهما ، بخلاف ما لو كان دم عمد ؛ لأنهما يؤيدان أن يحولا نصيبهما مالا بعد ما لم يكن ، فكانا شاهدين لأنفسهما بالمال ، فلم تقبل شهادتهما ، وبخلاف ما لو قبضا بنفسهما ، ثم شهدا بالإبراء على صاحبهما ؛ لأنهما

(١) هكذا فى "ظ" و"م" و"ف" ، وكان فى الأصل : إبطالا .

(٢) هكذا فى "ظ" و"م" و"ف" ، وكان فى الأصل : ولا جراً لأنفسهما مالا .

شهادة ببطلان حق مشاركة تثبت للمشهود عليه فيما قبضاً من حيث الظاهر ، فأما هنا بخلافه على ما ذكرنا -والله أعلم- .

١٩٥٣٢- قال محمد رحمه الله فى "الجامع الصغير" : رجل قطع يد إنسان ظلماً عمداً ، فعفا المقطوعة يده عن القطع ، ثم سرى إلى النفس ومات ، أو شجّ إنساناً موضحة عمداً ، فعفا المشجوعة راسه عن الشجة ، ثم سرى إلى النفس ومات ، يجب أن يعلم بأن هنا مسألتان : إحداهما : فى العمد ، والأخرى : فى الخطأ ، وكل مسألة على وجوه : إما أن يقول المقطوعة يده : عفوتك عن الجناية ، أو يقول : عفوتك عن القطع ، وما يحدث منه ، عفوتك عن الشجة ، وما يحدث منها ، أو يقول : عفوتك عن القطع ، عفوتك عن الشجة ولم يقل : وما يحدث منها ، فإن كانت الجناية عمداً ، فقال : المقطوعة يده ، أو قال : المشجوع رأسه : عفوتك عن الجناية ، صحّ العفو ، برئ من القطع أو الشجة ، أو مات حتى لا يجب شىء فى الحالين ؛ لأن الجناية اسم عام يطلق على النفس وما دونه ، فإذا قال : عفوتك عن الجناية ، فكأنه قال : عفوتك عما دون النفس إن برئت ، وعن النفس إن مت ، ولو صرح بهذا صحت البراءة عن النفس وما دونه ، كذا ههنا .

ثم تصح البراءة عن جميع المال سواء برئ أو مات ، أما إذا برئ فلأن هذا ، وإن كان تبرعاً إلا أنه تبرع فى حالة الصحة ، وإن مات من ذلك ، فلانه لا يخلو إما أن حالة العفو حكم الصحة بأن لا يكون الغائب من مثل هذه الشجة ، أو من مثل هذا القطع الهلاك على قول من يعتبر خوف الهلاك على طريق الغلبة فى هذا الكتاب ، أو كان يذهب المجروح فى حوائجه ، ويجىء على قول من يعتبر كون المريض صاحب الفراش فى هذا الباب ؛ لأن هذا تبرع فى حالة الصحة ، وإما أن يكون حالة العفو حكم المرض بأن كان خوف الهلاك غالباً ، أو كان المجروح صاحب فراش ، فلأن هذا تبرع بالقصاص ، والقصاص ليس بمال ، وتبرع المريض بما ليس بمال يعتبر من جميع المال ؛ لأن حق الورثة لا يتعلق بما ليس بمال ، والحاجز عن التبرع فى حق المريض تعلق حق الورثة .

وإن قال المقطوعة يده أو المشجوع رأسه : عفوتك عن القطع ، وما يحدث منه ،

عفوتك عن الشجة، وما يحدث منها، فالجواب فيه كاجواب فيما لو عفاه عن الجناية، وذلك لأن ما يحدث منه يطلق على النفس وعلى دونه؛ لأن كلا الأمرين حدث من القطع، ألا ترى أن من أقر فقال: لا قطع لي قبل فلان، ولا ما يحدث منه، ثم ادعى على المقر له قبل هذه البراءة نفساً أو ما دون النفس، فإنه لا تسمع دعواه، وإذا تناول النفس وما دونه، صار تقدير هذا العفو كأنه قال: عفوتك عن القطع إن برئت، وعن الشجة إن مت.

وأما إذا قال: عفوتك عن القطع ولم يقل: وما يحدث من القطع، أو قال: عفوتك عن الشجة، ولم يقل: وما يحدث منها، إن برئ عن القطع، صح العفو عندهم جميعاً؛ لأنه عفاه عن القطع، وقد ظهر أن القطع حقه لما برئ، فصح العفو عندهم جميعاً، فأما إذا مات من ذلك قال أبو حنيفة رحمه الله: بأن العفو باطل، والقياس أن يجب على المعفو عنه القصاص إلا أنى أستحسن وأوجب الدية في ماله، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله بأن العفو جائز، ولا شيء على المعفو عنه لا القصاص ولا الدية.

وجه قولهما: إنه عفاه عن حقه فيصح العفو قياساً على ما لو قال: عفوتك عن القطع، وما يحدث منه، أو عفوتك عن الجناية، وإما قلنا: عفاه عن حقه؛ لأنه عفاه عن القطع، والعفو عن القطع عفو منه، وما يحدث منه، ألا ترى أن الإذن بالقطع جعل إذناً بالقطع، وما يحدث منه، حتى إن من قال لآخر: اقطع يدي فقطعه، ثم سرى إلى النفس لم يضمن القاطع شيئاً، فإذا جعل الإذن بالقطع إذناً به، وما يحدث منه، فكذلك العفو عن القطع يجعل عفواً عن القطع وما يحدث منه؛ لأن العفو إذن في الانتهاء، فيعتبر بالإذن في الابتداء، وإذا صار العفو عن القطع عفواً عنه، وعما يحدث منه صار كأنه قال: عفوتك عن القطع وما يحدث منه، ولو صرح بهذا لم يكن على القاطع شيء سواء برئ المقتوعة يده، أو مات، فكذا هذا.

والدليل على أن العفو عن القطع جعل عفواً عما يحدث منه أنه لا يجب القصاص على القاتل، ولو جعل عفواً عن القطع لا غير لكان يجب القصاص؛ لأنه ظهر أنه عفا عما ليس بحق له، فيكون وجوده وعدمه بمنزلة، وحين لم يجب القصاص دل أن العفو

عن القطع عفو عنه وعمّا يحدث منه ، وهذا لأن القطع نوعان : ما يحدث منه تلف النفس ، وما لا يحدث ، فمطلق العفو عن القطع ينصرف إلى النوعين جميعاً ، كما انصرف مطلق الإذن بالقطع إلى النوعين .

وأبو حنيفة رحمه الله يقول : إنه عفا عما ليس بحق له ، فلا يصح العفو قياساً على ما لو عفا عن الرجل ، وقد قطع يده ، وقياساً على ما لو قال : أعفوك عن القطع ولا أعفوك عما يحدث منه .

وإنما قلنا : إنه عفا عما ليس بحق له ، وذلك لأنه عفا عن القطع ، والعفو عن القطع لا يكون عفواً عنه وعمّا يحدث منه ، ألا ترى أن الإبراء عن القطع لم يجعل إبراء عما يحدث منه ، فإن من أقر ، فقال : لا قطع لى قبل فلان ، ولم يقل : وما يحدث منه ، ثم إن المقر ادعى على المقر له قبل هذا البراءة ، فلا يسمع دعواه ، فإذا لم يجعلوا الإبراء عن مطلق القطع إبراءً عنه ، وعمّا يحدث منه ، فكذا العفو المطلق عن القطع لا يكون عفواً عن القطع ، وما يحدث منه ، بل يكون عفواً عن القطع لا غير ، وقد ظهر أن القطع ليس بحق له لما مات ، بل حقه القتل ، ولم يعف عن القتل ، وهذا لما عرف أن القطع متى سرى إلى النفس ، صار قتلاً من الابتداء ، وسقط اعتبار القتل حتى وجب القصاص ، إذا قطع الرجل يد المرأة ، والمرأة يد الرجل ، ولو بقى القطع ، وجعلت للزيادة حادثة منه لكان لا يجب القصاص ؛ لأن أصل القطع لم يكن موجباً للقصاص ، وإذا صار قتلاً من الابتداء ، فكان القاطع جز رقبته من الابتداء ، ولو جز رقبته من الابتداء ، كان حقه فى القتل لا فى القطع ، فكذلك هذا بخلاف ما لو قال : عفوتك عن الجنائية ؛ لأن العفو عن الجنائية عفو عن القطع ، وعمّا يحدث منه على ما مر ، وإذا كان كذلك فمتى برئ ومات ، فقد ظهر أنه عفا عن حقه ، فأما العفو عن القطع لا يكون عفواً عما يحدث منه ، فمتى مات فقد ظهر أنه عفا عما ليس بحق له ، والدليل على أن العفو عن القطع لا يكون عفواً عما يحدث منه أن الشهادة بالقطع لم تجعل شهادة بما يحدث منه ، فإن من ادعى على آخر أنه قطع يد ولده خطأ ، ومات من ذلك ، وأنكر المدعى قتله ، فأقام على ذلك شاهدين ، فيشهد أحدهما أنه قطع يده ومات ، وشهد الآخر أنه قطع يده ، فإنه يقضى عليه بأرش اليد ، ولم تجعل الشهادة بمطلق القطع شهادة به ، وبما يحدث منه ، فكذا هذا .

فإن قيل : هذه المسألة كما يلزمنا يلزمكم ، فإن القطع بالسراية لو كان يصير قتلا من الابتداء ، لكان لا يقضى بأرش اليد كما لو شهد أحدهم بالقتل ، والآخر بقطع اليد ، إلا أن الجواب عنه أن القطع إنما يصير قتلا من الابتداء بالسراية ، والسراية لم تثبت بشهادة أحدهما ، وقد اتفقا على القطع والمدعى ادعى القطع^(١) ، فوجب القضاء بأرش اليد على أن من مشايخنا من قال على قول أبى حنيفة رحمه الله : لا تقبل الشهادة كما لو شهد أحدهما بالقطع ، والآخر بالقتل .

فأما الجواب عن قولهما : بأن العفو عن مطلق القطع عفو منه ، وعما يحدث منه ، بل جعل إبراء ، قلنا : هذا يشكل بمسألة الإبراء ، ثم يجعل الإبراء عن مطلق القطع إبراء عما يحدث منه ، بل جعل إبراء عن القطع لا غير .

فأما على قولهما : بأن الإذن بمطلق القطع جعل إذناً بالقطع ، وما يحدث عنه بدليل أنه إذا قطع ، وسرى إلى النفس ، فإن القاطع لا يضمن ، قلنا : سقوط الضمان عن القاطع ما كان من حيث إن الإذن بمطلق القطع جعل إذناً بما يحدث منه ، بل جعل إذناً بالقطع لا غير إلا أنه إذا قطع يده ، وامتلأ أمره فى القطع انتقل القطع إليه ، فصار من حيث الحكم كأنه قطع يد نفسه ، ولو قطع يد نفسه حقيقة ومات لم يكن على أحد ضمان ، فكذا هذا ، والدليل على أنه بهذا الطريق انتفى الضمان أنه لو جعل هذا إذناً بما يحدث منه لكان إذناً بالقتل ، فكان يجب الدية على القاطع إذا مات كما لو قال : اقتلنى ، فقتله ، فأما فى مسألتنا بالعفو عن القطع لا يصير القطع السابق منقولاً إلى المقطوعة يده ؛ لأن العفو عن^(٢) القطع لإسقاط موجب القطع لا لنقل الفعل إلى العافى ؛ لأن الفعل كان تعذر على القاطع ، وإذا كان العفو لإسقاط موجب القطع ، وقد ظهر أن ما أسقط ليس بحق له كان العفو باطلا .

وأما قولهما : بأنه لا يجب القصاص قلنا : القياس أن يجب القصاص لما لم يصح العفو بالقطع إلا أنه استحسن ، وقال : لا يجب بالقطع ؛ لأن العفو إن بطل من حيث المعنى ؛ لأن القطع صار قتلا معنى إلا أنه بقى صورة القطع ، فكان العفو معتبراً من حيث

(١) هكذا فى "ظ" و"ف" ، وكان فى الأصل : القتل .

(٢) ما بين القوسين زيد من "ظ" .

الصورة إلا أن الصورة المسقط كان في درء ما يدرأ بالشبهات، ألا ترى أن المقيم إذا سافر بعد طلوع الفجر في شهر رمضان، ثم أفطر، فلا كفارة عليه، وإن كان هذا السفر لا يبيح له الإفطار لقيام صورة السفر، فكذلك هذا.

١٩٥٣٣ - هذا الذي ذكرنا إذا كانت الجناية عمداً، فأما إذا كانت الجناية خطأً إن عفا عن الجناية وعن القطع، وما يحدث منه صح العفو، وسواء برئ، أو مات إلا أنه عفا في حال له حكم الصحة، بأن كان يخرج ويحيى، ويذهب بعد الجناية على قول بعض المشايخ، فإنه يعتبر من جميع المال؛ لأن هذا تبرع مفيد حصل من الصحيح، فيعتبر من جميع المال.

وذكر في "المنتقى" في هذه الصورة: أنه بهذه يعتبر العفو من ثلث المال؛ لأن هذا بمنزلة قوله: إن مت منها، فقد عفوتك، وإن عفا في حال يثبت له حكم المرض، بأن صار صاحب فراش، فإن مات من ذلك، فإنه يصح من الثلث؛ لأنه تبرع من المال، فإن الواجب بالخطأ دية، والدية مال، وتبرع المريض بالمال في مرض موته يصح من ثلث المال.

وإن عفا عن القطع إن اقتصر^(١) على القطع، بأن برئ صح العفو بلا خلاف من جميع المال، فإن صار نفساً، فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله: العفو باطل، وكان على عاقلة القاتل الدية، وعندهما: العفو جائز كما لو عفا عن القطع، وعما يحدث منه إلا أنه إذا عفا في حال ماله حكم الصحة، بأن كان يذهب ويحيى، يصح من جميع المال، وعلى قياس رواية "المنتقى": يعتبر من ثلث المال.

وإن عفا في حال ماله حكم المرض، بأن صار صاحب فراش يعتبر من ثلث، ويكون ذلك وصية للعاقلة، ولم يوجد منهم القتل، فيمكن تصحيح هذا الإبراء بقدر الثلث بطريق الوصية للعاقلة.

وهذا الجواب لا يشكل على قول من قال من مشايخنا: إن الدية في قتل الخطأ تجب على العاقلة ابتداءً، فأما على قول من قال من مشايخنا: إن الدية^(٢) تجب على

(١) وفي "ظ": "اقتص" مكان "اقتصره".

(٢) زيد من "ظ" و "ف" و "م".

القاتل، ثم تحتل العاقلة عن القاتل، ففيه نوع إشكال، فإنه يصير وصية للقاتل والوصية لا تصح، لكن الجواب أنهم يحتملون الدية عن القاتل^(١) بطريق الحوالة على وجه يبرأ القاتل أصلاً، فيصير وصية لهم دون القاتل.

وكذا لا يشكل هذا على قول من قال من مشايخنا: إن القاتل ليس من العواقل، فأما من جعل القاتل واحداً من العاقلة، فقد قال: يبطل حصته^(٢) من الوصية؛ لأنها وقعت للقاتل، والصواب أنها صحيحة، وإن حصلت للقاتل؛ لأنها لو لم يصح في الابتداء يلزمنا أن نقول: بصحتها في الانتهاء؛ لأننا إذا أبطلنا ذلك رجعنا إلى العاقلة، فيسقط في الانتهاء؛ لأن من أوصى لمن يصح له الوصية، ولمن يصح له الوصية، صارت له الوصية، كما أوصى بثلاث ماله لحي وميت، كان جميع الثلث للحي، ههنا لو لم يصح الوصية بحصة القاتل في الابتداء، يعود إلى العاقلة في الانتهاء، فصححنا في الابتداء.

ثم إن محمداً بنى على هذه المسألة مسألة التزوج، فقال: امرأة قطعت يد رجل، فتزوجها الرجل على ذلك، فهنا مسألتان: إما إن كان القطع عمداً أو خطأ، كل مسألة على ثلاثة أوجه: إما إن تزوجها على القطع، أو على القطع وما يحدث منه، أو على الجنابة، وقد برئ من ذلك أو مات.

فإن كان القطع عمداً، وقد تزوجها على القطع، فإن برئ من ذلك، صحت التسمية، وصار أرش يده مهراً لها عندهم جميعاً، وذلك لأنه لما برئ من القطع كان القطع حقاً له، فقد تزوجها بما هو حق له، والتزوج على القطع، تزوج على موجب القطع كما أن العفو عن القطع، يكون عفواً عن موجهه، ولو تزوجها على موجب القطع جاز؛ لأن موجب القطع هنا المال، وذلك خمسة آلاف درهم؛ لأن القصاص لا يجري بين النساء والرجال في الأطراف، فصار متزوجاً لها على خمسة آلاف هي دين للزوج قبلها، فصحت التسمية، وصار ذلك مهراً لها، فإن طلقها قبل الدخول بها، يسلم لها من ذلك ألفان وخمسمائة، ورد على الزوج ألفان وخمسمائة؛ لأنه تزوجها في

(١) وفي "م": على القاتل.

(٢) وكان في الأصل: حقه.

الحاصل على خمسة آلاف، فإن طلقها قبل الدخول بها، يسلم لها^(١) نصف ذلك، ويلزمها أن ترد النصف على الزوج.

١٩٥٣٤- وهذا إذا برئ من القطع، وإن مات من ذلك، فالتسمية باطلة عندهم جميعاً بعلتين مختلفتين، ولها مهر مثلها، أما عند أبي حنيفة رحمه الله: فلائنه تزوجها على القطع، والتزوج على القطع لا يكون تزوجاً على القطع وما يحدث منه، كما أن العفو عن القطع لا يكون عفواً عن القطع وعما يحدث منه، على قوله: وإذا حصل متزوجاً لها على القطع لا غير عند أبي حنيفة رحمه الله، وقد ظهر أن القطع لم يكن حقاً له لما مات، وإنما حقه القتل، فما هو حقه لم يتزوجها عليه، وما تزوجها عليه لم يكن حقاً له، فلم تصح التسمية عنده من هذا الوجه.

فإن قيل: يجب أن تصح التسمية، ويكون خمسة آلاف مهرأً لها؛ لأن التزوج على القطع تزوج على موجب القطع، وموجب القطع خمسة آلاف، فصار الزوج متزوجاً لها على خمسة آلاف على تقدير أن له عليها ذلك، وقد ظهر أنه لم يكن، فيجب أن يجعل مهرها خمسة آلاف كما تزوجها على خمسة آلاف يظنان أن ذلك له عليها، ثم تصادقاً أنه لم يكن لها عليها شيء من ذلك، وهناك صار متزوجاً لها على خمسة آلاف درهم، فكذلك هذا.

الجواب عنه أن هذا هكذا أن لو قال: تزوجتك على خمسة آلاف لى عليك، وهما يظنان ذلك، وقد ظهر أنه لم يكن، وهنا لم يقل: تزوجتك على خمسة آلاف، وإنما كان تزوجتك على القطع، وذكر القطع لم يصح؛ لأنه ظهر أن القطع لم يكن حقاً له، وإذا لم يصح^(٢) ذكر القطع لم يثبت ما في ضمنه وهو خمسة آلاف.

وعند أبي يوسف ومحمد: التزوج على القطع تزوج على القطع وما يحدث منه، كما أن العفو عن القطع وعما يحدث منه، فإذا مات صار متزوجاً لها على القصاص، والقصاص ليس بمال، فلا يصلح مهرأً، كما لو تزوجها على طلاق ضررتها، أو عتق أبيها، وإذا بطلت التسمية عندهم جميعاً لعلتين مختلفتين كان لها مهر مثلها؛ إذ دخل

(١) زيد من "ظ" و"م" و"ف".

(٢) زيد من بقية النسخ.

بها، أو مات عنها، وإن طلقها قبل الدخول، فلها المتعة.

ثم القياس أن يجب عليها القصاص في قول أبي حنيفة، وفي الاستحسان: لا يجب القصاص، وإنما تجب الدية في مالها؛ لأن الزوج على القطع عفو ببذله، فيعتبر بالعفو بغير بدل، ولو عفا عن القطع بغير بدل، ثم مات، فالقياس أن يجب القصاص عند أبي حنيفة رحمه الله، وفي الاستحسان: يجب الدية في مالها.

وعلى قولهما: صح العفو، ولم يكن عليها لا قصاص، ولا دية، فذلك هذا.

هذا إذا تزوجها على القطع، فأما إذا تزوجها على الجناية، أو على القطع وما يحدث منهما إن برئ من ذلك، صار أرش يده مهرًا لها عندهم جميعًا؛ لما مر ويسلم لها ذلك وإن كان أكثر من مهر مثلها؛ لأن التبرع بالزيادة على مهر المثل حصل في حالة الصحة، فإن مات من ذلك بطلت التسمية، وكان لها مهر مثلها، وسقط القصاص مجانًا بغير شيء، أما التسمية باطلة لأن الزوج على الجناية والقطع وما يحدث منها، يكون تزوجًا على القتل متى مات منها، فالزوج على القتل تزوج على موجب، وموجب قتل العمد القصاص، والقصاص لا يصلح مهرًا، فبطلت التسمية ووقع العفو مجانًا؛ لأنه عفا عن القصاص ببذل ليس بمال وهو البضع، فيقع العفو مجانًا بنفس القبول، كما لو عفا عن القصاص على ميتة أو دم، ولا ميراث لها من تزوجها؛ لأنها قاتلة، وعليها عدة المتوفى عنها زوجها من نكاح صحيح.

١٩٥٣٥- هذا إذا كانت الجناية عمدًا، فأما إذا كانت الجناية خطأ، وقد تزوجها على القطع إن برئ من ذلك صار أرش يده مهرًا لها؛ لما مر، فإن دخل بها أو مات عنها سلم لها جميع ذلك وسقط عن العاقلة؛ لأن العاقلة لو عقلت بعد هذا تعقل بها^(١)، والعاقلة لا تعقل للجاني، وإنما تعقل عنها لغيره، فإن طلقها قبل الدخول يسلم لها نصف ذلك، وذلك ألفان وخمس مائة، وتؤدي العاقلة ألفين وخمسمائة إلى زوجها؛ لأن العاقلة لو عقلت هذا النصف، وإنما تعقل عنها للزوج، وهذا جائز.

فأما إذا مات من ذلك بطلت التسمية في قول أبي حنيفة رحمه الله، وكان لها مهر مثلها، وعلى عاقلتها دية الزوج، وإنما بطلت التسمية في قول أبي حنيفة رحمه الله؛ لما

(١) وكان في الأصل: "لها" مكان "بها".

مر فى قتل العمد، وعندهما تصح التسمية وتصير دية الزوج مهراً لها؛ لأن الزوج على القطع عندهما تزوج على القطع وما يحدث منه كما أن العفو عن القطع عفو عنه وعما يحدث منه، ولو تزوجها على القطع وما يحدث منه، والجنابة خطأ صار دية الزوج مهراً لها عند الكل، فكذاك هذا.

فأما إن تزوجها على القطع وما يحدث منه، أو عن الجنابة إن برئ من ذلك صار أرش يده مهراً لها، ويسقط ذلك عن عاقلتها، وإن مات من ذلك، فإن الدية تصير مهراً لها؛ لأنه لو تزوجها على الجنابة، أو على القطع وما يحدث منه، فقد تزوجها على القتل، والتزوج على القتل تزوج على موجب القتل، فصار متزوجاً لها على الدية، والدية تصلح مهراً، وإذا صارت الدية مهراً لها تسقط عن العاقلة، ثم ينظر إلى مهر مثلها وإلى الدية، فإن كان مهر مثلها مثل الدية لا شك أن الكل يسلم لها، سواء تزوجها بعد القطع فى حال ما يجيء ويذهب، وبعد ما صار صاحب فراش؛ لأن الزوج لم يصير متبرعاً عليها بشيء من الدية لما كان مهر مثلها مثل الدية، وإن كان مهر مثلها أقل من الدية إن تزوجها فى حال ما يجيء ويذهب، فالكل يسلم، وإن جعل متبرعاً بالزيادة على مهر مثلها؛ لأنه تبرع بها حالة الصحة، وإذا تزوجها فى حال ما صار صاحب فراش، فإنه ينظر إن كانت الزيادة على مهر مثلها إلى تمام الدية يخرج من ثلث مال الزوج، فإنه يبرأ العاقلة عن ذلك، وتعتبر الزيادة على مهر مثلها وصية للعاقلة وإن كان لا تخرج الزيادة على مهر مثلها إلى تمام الدية من ثلث ماله^(١)، فبقدر ما يخرج من الثلث، يسقط عن العاقلة، ويصير ذلك وصية لهم؛ لأنهم ليسوا بقتلة، وهم يحتملون الدية عنها، فتكون الوصية لها من حيث المعنى وصية للعاقلة، فسقط عن العاقلة مهر مثلها، وما يخرج من ثلث مال من الزيادة على مهر المثل إلى تمام الدية ويردون الباقي إلى ورثة الزوج.

هذا إذا لم يطلقها الزوج قبل موته حتى مات، فأما إذا طلقها قبل موته قبل الدخول بها، سلم لها من ذلك خمسة آلاف، إن كان خمسة آلاف مهر مثلها، وتسقط عن العاقلة، وإن كان مهر مثلها أقل من خمسة آلاف، إن كانت الزيادة على مهر مثلها

إلى تمام خمسة آلاف، تخرج من ثلث ماله، فكذا تسقط عن العاقلة خمسة آلاف، وإن كان لا يخرج، فبقدر ما يخرج من الثلث ومقدار مهر مثلها يسقط عن العاقلة، ويردون الباقي إلى ورثة الزوج، وكذلك إن تزوجها على الجناية، فالجواب فيه من أوله إلى آخره كالجواب فيما إذا تزوجها على القطع وما يحدث منه .

إسماعيل بن حماد عن أبي يوسف: في رجل قتل عمداً وله وليان، فصالح أحد الوليين القاتل عن جميع الدم على خمسين ألفاً، قال: للذي صالح خمسة وعشرين ألفاً، وللآخر خمسة آلاف .

ابن سماعة عن محمد: رجل شج رجلاً موضعتين، ثم عفا المشجوع عن إحدى الشجعتين، وما يحدث منهما، ثم مات منهما، قال: إذا كان ذلك بإقرار من الشاج، فعليه الدية في ماله، ولا يجوز له العفو؛ لأنه وصية، ولا وصية للقاتل، وإذا كان ذلك منه، فهو وصية للعاقلة فيجوز، ويرفع عنهم نصف الدية إن كان يخرج ذلك من الثلث، وإن كانت الشجعتان عمداً والمسألة بحالهم، فلا شيء على الجاني؛ لأن العفو عن أحدهما عفو عنهما كأنه عفا عن نصف النفس .

١٩٥٣٦- رجل شج رجلاً موضحة عمداً، فعفا له عنها، وما يحدث منها، ثم شجّه أخرى عمداً، فلم يعف عنها، فعلى الجاني الدية كاملة في ثلاث سنين، إذا مات منهما جميعاً من قبل أنه وجب بالجناية الثانية نصف الدية، ولا قصاص عليه فيها من قبل أنه قد عفا عن الأول، فلما بطل عنه القصاص، وصارت الثانية مالا صارت الأولى أيضاً مالا، ولم يجز العفو؛ لأنه لا وصية له .

وروى الحسن بن زياد عن أبي يوسف في مثل هذه الصورة: أن على الجاني نصف الدية .

١٩٥٣٧- رجل قتل رجلاً عمداً، وقضى لوليه^(١) بالقصاص على القاتل، فأمر الولي رجلاً بقتله، ثم إنه طلب من الولي أن يعفو عن القاتل، فعفا عنه، فقتل المأمور وهو لا يعلم بالعفو، قال: عليه الدية، ويرجع بذلك على الأمر؛ لأن الأمر غار .

(١) هكذا في "ظ" و"ف" و"م"، وكان في الأصل: للولي .

١٩٥٣٨- امرأة قتلت رجلاً خطأ، فتزوجها ولي المقتول على الدية التي وجبت على العاقلة، فذلك جائز، والعاقلة برئت، فإن طلقها قبل الدخول بها رجع على العاقلة بنصف الدية.

١٩٥٣٩- رجل شج رجلاً موضحة عمداً، فصالحه المشجوج من الموضحة، وما يحدث منها على مال مسمى، وقبضه، ثم شج رجلاً آخر موضحة عمداً، ومات من الموضحين، فعلى الآخر القصاص، ولا شيء على الأول، وكذلك لو كان الصلح مع الأول بعد ما شج الأول، قال أبو الفضل: قد استحسن في موضع آخر من هذا الكتاب إزالة القصاص عن الآخر، إذا كان شجته بعد ما صلح الأول.

١٩٥٤٠- رجل شج رجلاً موضحة عمداً، وصالحه منها وما يحدث منها على عشرة آلاف درهم، وقبضها، ثم شج رجلاً آخر خطأ، ومات منهما، فعلى الثاني خمسة آلاف درهم على عاقلته، ويرجع الأول في مال المقتول بخمسة آلاف درهم، وإن كانت الشجتان عمداً، جاز إعطاء الأول، وقتل الآخر.

١٩٥٤١- ابن سماعة عن محمد: في رجل جرحه رجلان جراحة عمداً، فعفا عن أحدهما، ثم مات من الجنائتين، قال: للورثة أن يقتل الآخر؛ لأن دماءهما كان حالاً للمجروح ساعة عفا، ألا ترى أنه لو قتلتهما لم أعرض له حتى أنظر ما يصير إليه حاله، ألا ترى أن ولي المجروح لو قتلتهما، لم أقتله بهما حتى أنظر ما يصير إليه حاله، ولو كنت إنما أوجب الدم للمجروح بعد موته؛ لأن عفو الساعة باطلاً، ولكن لو جرحه رجل جراحة عمداً وعفا عنه، ثم جرح آخر جراحة عمداً، فلم يعف عنه حتى مات منهما، فلا قود عن العافي - والله أعلم -.

١٩٥٤٢- سئل ابن سماعة: عن جماعة كانوا يرمون على كلب عقور، فأخطأ واحد منهم، فأصاب صغيرة، فماتت وعرف أن هذه سهم فلان، ولكن لم يشهد أحد أنه رماه فلان، فصالح الأب صاحب السهم على كرمه، ثم طلب المصالح رد الصلح، قال: إن كان يعلم أن المصالح هو الذي جرحها، فالصلح ماضٍ، وإن لم يعلم غير معرفة السهم، فالصلح باطل؛ لأنهما لما تصالحا بعد الشهادة، فكأنهما تصالحا عما هو ثابت بالشهادة، ولم يثبت بهذا الشهادة شيء، فإن علم أن الجارح صاحب السهم،

ولكن لما استقبل الصغيرة إياها لطمها أبوها، فسقطت وماتت، ولا يدري أنها ماتت من اللطمة، أو من الرمى ما حال الصلح؟ فقال: إن كان صلح الأب بإذن سائر الورثة، فالصلح جائز، والبذل لسائر الورثة، ولا ميراث للأب، وإن كان الصلح بغير إذنهم، فالصلح باطل، وهذا لأنه لا حق للأب فى موجب الجناية حينئذٍ حيث حرم من الميراث، فيعتبر إذن الورثة كما فى صلح الأجنبى .

١٩٥٤٣- وفى "نوادر هشام": قال: سألت محمداً عن من قلع سن صبى، أو حلق رأس امرأة، فصالح الجانى أبا الصبى أو المرأة على دراهم، ثم نبت الشعر أو السن، فأخبرنى أن أبا حنيفة رحمه الله قال: يرد الدراهم، قال: وكذلك قول محمد إلا أن محمداً يقول: يمسك منها مقدار ما داوى به السن، قلت: وكذلك إن كان هذا كسر يده، فصالحه منها، ثم جبرت وصحت حتى لم يرد منها شيئاً، قال: نعم قلت، فإن زعم صاحب اليد أن يده قد ضعفت، وليست كما كانت قال: أمر من ينظر إليها، فإنه لا يكاد يخفى -والله أعلم- .

الفصل الحادى والعشرون

فى دعوى الولى العمد أو الخطأ وتصديق المدعى عليه إياه فى ذلك أو تكذيبه
ويدخل فيه اختلاف الشاهدين

١٩٥٤٤ - الأصل إن تعذر استيفاء القصاص بعد ظهور القتل إذا كان لمعنى من جهة المولى لا تجب الدية، وإذا كان لمعنى من جهة القاتل تجب الدية استحساناً، وهذا لأن القياس يأبى وجوب الدية بمقابلة الأدمى لانعدام المماثلة بين المال والأدمى، وإنما عرفنا وجوب الدية فى فصل الخطأ، والخطأ معنى فى القاتل، وفى كل موضع تعذر استيفاء القصاص لمعنى فى القاتل كان فى معنى المنصوص فيلحق به، وفى كل موضع تعذر استيفاء القصاص لا لمعنى فى القاتل لم يكن فى معنى المنصوص فيرد إلى ما يقتضيه القياس، جئنا إلى بيان الأصل، فنقول: إذا ادعى الولى الخطأ، وأقر القاتل بالعمد لا تجب الدية، وإذا ادعى الولى العمد، وأقر القاتل بالخطأ تجب الدية استحساناً، وإنه يخرج إلى الأصل الذى قلنا.

فرع على ما إذا ادعى الولى الخطأ، فأقر القاتل بالعمد فقال: لو صدق الولى بعد ذلك القاتل، وقال: إنك قتلت عمداً، فله الدية على القاتل. وعن أبى يوسف فى "النوادر": إذا ادعى الولى الخطأ، وأقر القاتل بالعمد، فعلى القاتل الدية. وروى ابن أبى مالك عن أبى يوسف: إذا ادعى الولى بخلاف ما أقر به القاتل، فقد أبرأ القاتل المدعى عليه عما أقر به له.

١٩٥٤٥ - قال محمد فى "الزيادات": رجل ادعى على رجلين أنهما قتلا وليه عمداً بحديدة وله عليهما القصاص فقال: أحدهما صدقت، وقال الآخر: ضربته أنا بالعصا خطأ، فإنه يقضى لولى القتل عليهما بالدية فى مالهما فى ثلاث سنين.

وهذا الذى ذكره هنا استحسان، والقياس أن لا يقضى عليهما بشيء، ذكر القياس والاستحسان فى ديات "الأصل".

وجه القياس : أن ما ادعاه الولي من القصاص لم يقض به بالإجماع ، فلأن لا يقضى بما لم يدع وهو المال كان أولى ، وجه الاستحسان : ما ذكرنا أن تعذر استيفاء القصاص إذا كان لمعنى من جهة القاتل تجب الدية ، وهنا تعذر استيفاء القصاص لمعنى من جهة القاتل ؛ لأن الفعل وقع مشتركا فى محل واحد باتفاق الكل ، فدعوى أحدهما الخطأ كدعواهما ، فهو معنى قولنا : تعذر استيفاء القصاص هنا لمعنى من جهة القاتل ، فلهذا وجب الدية ، ووجب فى مالهما ؛ لأنها وجبت بالاعتراف ، وما يجب بالاعتراف لا تتحملة العاقلة على ما عرف ، ووجب فى ثلاث سنين ؛ لأنها بدل الدم ، وبذل الدم لا تستوفى إلا فى ثلاث سنين على ما عرف .

ولو ادعى الولي الخطأ فى هذه الصورة ، وأقر بالعمد لا يقضى بشيء إلا أن تعذر استيفاء القصاص هنا لمعنى من جهة الولي ، وهو دعواه الخطأ ، وقد ذكرنا أن تعذر استيفاء القصاص ، إذا كان لمعنى من جهة الولي لا يجب المال ، بخلاف الفصل الأول على ما ذكرنا .

توضيح الفرق بين الفصلين : أن العمد قد يؤول مالا ، فإن الولي إذا صالح القاتل عن القصاص على مال يجوز ، ويجب المال ، وأما الخطأ : فلا يؤول قصاصا بوجه من الوجوه ، فأما إذا ادعى الولي العمد ، وأقر بالخطأ يكتفى أن يرجع إلى تصديقهما ، فيقول : حقى فى القصاص ، ولكن تعذر الاستيفاء لإنكارهما ، فأرجع إلى تصديقهما ، وأخذ المال إذ يجوز أن ينقلب القصاص مالا ، وأما إذا ادعى الولي الخطأ ، وأقر بالعمد لا يمكنه أن يرجع إلى تصديقهما ؛ لأن الخطأ لا ينقلب قصاصا ، ولا يمكنه استيفاء ما ادعى لإنكارهما ذلك ، فلا يجب بشيء .

فلو ادعى الولي الخطأ فى هذه الصورة ، وأقر بالخطأ كما ادعى تجب الدية ، وفى هذا الفصل نوع إشكال ، فإنه كما تعذر استيفاء القصاص هنا لمعنى من جهة القاتل تعذر لمعنى من جهة الولي وهو دعواه الخطأ ، ألا ترى أنه لو ادعى الخطأ ، وأقر بالعمد لم يكن له استيفاء القصاص ، ومع هذا أحاله محمد رحمه الله على القاتل حتى حكم بوجوب الدية ، والجواب أن يقال : إحالته على القاتل أولى ؛ لأن الحكم أبداً يحال على السبب الموجب لا على ما ليس بموجب ، والإقرار من القاتل موجب ، أما الدعوى من المدعى

ليس بواجب، فكان إحالة انعدام الوجوب على عدم السبب الموجب أولى.

ولو ادعى المولى الخطأ عليها في هذه الصورة، فأقر أحدهما بالعمد، والآخر بالخطأ، فالجواب فيه والجواب فيما إذا أقر بالخطأ سواء؛ لأن إقرار أحدهما بالخطأ كإقرارهما على ما ذكرنا.

ولو ادعى المولى العمد عليهما، وصدقه أحدهما في ذلك، وأنكر الآخر القتل أصلاً، فللمولى أن يقتل المقر؛ لأنهما اتفقا على وجوب القصاص عليه؛ لأن المولى ادعى القصاص عليهما، والمقر أقر بالقصاص عليه، فلهذا كان له أن يقتل المقر.

ولو ادعى المولى الخطأ عليهما، أو أقر أحدهما بالعمد، وأنكر الآخر القتل، فلا شيء على المقر؛ لأن تعذر استيفاء القصاص من المقر هنا كان لمعنى من جهة المولى وهو دعواه الخطأ.

ولو قال رجل لرجل: قتلت أنا وفلان، وليك عمداً، وقال فلان: قتلناه خطأ، وقال المولى للمقر بالعمد: أنت قتلت وحدك عمداً، فإن للمولى أن يقتل المقر بالعمد؛ لأنهما اتفقا على وجوب القصاص عليه؛ لما ذكرنا، ولم يثبت شركة الآخر، كما أنكر المولى الشركة، فلا تثبت الشبهة، وإن ادعى المولى الخطأ في هذه الصورة لا يجب شيء؛ لأن تعذر استيفاء القصاص كان لمعنى من جهة المولى وهو دعواه الخطأ.

١٩٥٤٦- رجل قطع يده ورجله، ومات منهما، فقال رجل: قطعت يده عمداً، وفلان قطع رجله عمداً، ومات من ذلك كله، وقال المولى: لا، بل قطعت ذلك كله عمداً، فإن للمولى أن يقتله؛ لأنهما اتفقا على وجوب القصاص عليه، ولم يثبت الشركة لما أنكر المولى ذلك، فلا تثبت الشبهة، وإن قال المولى: لا أدري من قطع رجله لا يكون له أن يقتل المقر له؛ لأن المولى لما أبهم الشريك وجهه ثبتت الشركة مع الشبهة إذ الشريك المجهول يجوز أن يكون صبيّاً أو مجنوناً لا قصاص عليهما، وشركة من لا قصاص عليه شبهة مسقطة للقصاص؛ ولأن المولى بتجهيل الشريك صار مدعيّاً المال، ودعوى المال إسقاط للقصاص، ولا يجب الدية أيضاً على المقر؛ لأن تعذر استيفاء القصاص إنما كان لمعنى من جهة المولى، وهو إبهام الشريك ودعوى المال.

فإن أزال المولى الجهالة بعد ذلك، وقال: فلان قطع رجله معك عمداً، وفلان ممن

يجب عليه القصاص، إلا أنه ينكر القطع، صح بيانه حتى كان له أن يقتل المقر؛ لأنهما اتفقا على وجوب القصاص عليه لما أزال الولي الإشكال. والقياس أن لا يصح منه هذا البيان، ولا يكون له أن يقتل المقر لمكان التناقض إلا أنا استحسنا، وقلنا: بأنه يصح بيانه؛ لأن الإنسان قد لا يعرف قاتل أبيه خصوصاً عند كثرة القتل، فيجهله، ثم يعرفه فينبه، فكان معذوراً في هذا التناقض، ومثل هذا التناقض لا يمنع صحة البيان وصحة الدعوى كما في دعوى النسب ودعوى الحرية.

قال مشايخنا: وهذا إذا بين الولي قبل أن يقضى القاضى ببطلان حقه في القصاص قبل المقر، حتى قال: لا أدري من قطع رجله، فأما إذا قضى بذلك، ثم بين لا يصح بيانه، ولا يكون له أن يقتل المقر؛ لأنه حين قضى بإبطال حقه، فقد قضى وله ولاية الإبطال شرعاً، فنفذ قضاءه فلا يرتفع حكم ذلك الإبطال بما يعترض بعد ذلك كالقاضى إذا فسخ البيع بسبب إباق العبد المبيع قبل القبض، ثم عاد العبد من الإباق، فإنه لا يرتفع حكم ذلك الفسخ، كذا هنا.

١٩٥٤٧- وفي "نوادير بشر" عن أبي يوسف: رجل قال لرجل: أنا قتلت وليك عمداً، فصدقه وقتله، ثم جاء آخر، وقال: أنا قتلتك وحدى، وصدقه الولي، فعليه الدية للذى قتله، وله على الآخر الدية.

١٩٥٤٨- قال محمد في "الزيادات" أيضاً: رجل ادعى على رجلين أنهما قتلا وليه عمداً بالسيف، وله عليهما القصاص، فأقر أحدهما أنه قتله وحده عمداً، وأنكر الآخر القتل، فشهد شاهدان على الآخر أنه قتله وحده عمداً كان للمدعى أن يقتل المقر، وليس له أن يقتل المشهود عليه، وبطلت شهادة الشاهدين، وإنما بطلت شهادة الشاهدين؛ لأن المدعى أكذبهما في بعض ما شهدا به؛ لأنهما شهدا أن كل القتل وجد من المشهود عليه، والمدعى يدعى أنه وجد منه نصف القتل، وصار مكذباً، والتكذيب يوجب بطلان الشهادة، وإنما كان له أن يقتل المقر، وإن كذب المقر في بعض المقر به، إلا أن تكذيب المقر في بعض ما أقربه لا يبطل الإقرار بالباقي، وفي حكم القصاص لا فرق بين كل العبد، وبعضه عند التعمد، ولهذا وجب القصاص على الجماعة.

فهذا هو الفرق بين الشهادة والإقرار أن المدعى ادعى القصاص بجهته،

والشاهدان شهدا له بالقصاص بجهة أخرى .

بيانه : وهو أن المدعى ادعى القصاص بجهته ، ولو انقلب مالا بوجه ما ، أو كان خطأ ، يجب نصف الدية على المشهود عليه ، والشاهدان شهدا بالقصاص بجهة لو انقلب مالا ، وجب على المشهود عليه كمال الدية ، فقد وقع الاختلاف بين المدعى وبين الشاهدين فى الجهة ، أكثر ما فى الباب أنهم اتفقوا فى المقصود وهو القصاص ، ولكن لا عبرة للمقصود فى الشهادة إنما العبرة لاتحاد الجهة ، ألا ترى أنه لو ادعى رجل عبدًا فى يدى رجل أنه له اشتراه من أبيه ، فشهد شاهدان أنه عبده ورثة من أبيه ، فالقاضى لا يقضى له بالعبد ، وإن اتفقوا فيما هو المقصود من الملك لهذا ، إنهم اختلفوا فى الجهة ، وهكذا نقول فى فصل الإقرار : إنه وجد الاختلاف بين المدعى والمقر فى الجهة ، ولكن الاختلاف فى الجهة فى الإقرار لا يمنع الاستيفاء إذا اتفقوا فى المقصود ، ألا ترى أنه لو قال لغيره : لى عليك ألف درهم من جهة الغصب ، وقال المدعى : بل هى من جهة القرض كان له أن يستوفى الألف ، كذا هنا .

ولو كان مكان القتل العمد قتل الخطأ ، وباقى المسألة بحالها لا شىء على المشهود عليه من الدية لبطلان الشهادة بالتكذيب ، وعلى المقر نصف الدية ، وإن أقر بالكل ؛ لأنه رد إقراره بالنصف ، فارتد وبطل .

ثم عاد إلى فصل العمد ، فقال : لو أقر أحد المدعى عليهما أنه قتله وحده عمدًا ، وأنكر الآخر القتل ، ولا بينة للمدعى كان للمدعى أن يقتل المقر ؛ لأن إقراره لم يبطل بتكذيب المدعى فى نصف القتل ، بقى إقراره فى نصف القتل ، وقد صدقه ، وإنه يكفى لوجوب القصاص عند التعمد ، فلهذا كان له أن يقتل المقر .

١٩٥٤٩- وفيه أيضًا : رجل قتل مقطوع اليدين ، ادعى وليه أن فلانًا قطع يده اليمنى عمدًا وفلانًا قطع يده اليسرى عمدًا ، ومات منهما ، فقال المدعى عليه قطع يده اليسرى : أنا قطعت يده اليسرى عمدًا ، ومات منها خاصة ، وأنكر الآخر ، كان له أن يقتل المقر ؛ لما قلنا ، وإن قال الولى : قطع فلان يده اليسرى عمدًا ، ولا أدرى من قطع يده اليمنى إلا أنها قطعت عمدًا ، ومات من القطعين ، وقال المدعى عليه قطع اليد اليسرى : أنا قطعت يده اليسرى عمدًا ، ومات منها خاصة لا شىء على المقر ؛ لأن ما

أقر به لا يدعى له، وما ادعى عليه لم يقر به .

بيانه : وهو أن المقر بالقصاص والولى ادعى المال ؛ لأن إيهام الشريك ينفى وجوب القصاص لجواز أن يكون الشريك من لا قصاص عليه كالمجنون وغيره، فحصل^(١) الولى يدعى عليه نصف الدية، وهو قد أقر بالقصاص، فهو نظير ما لو ادعى المولى على رجل قتل الخطأ، وأقر المدعى عليه بقتل العمد، وهناك لا شيء على المقر، وقد مر ذلك فيما تقدم، فهنا كذلك .

ولو قال الولى : قطع فلان يده اليمنى عمداً وفلان يده اليسرى عمداً، ومات منهما، وقال المدعى عليه قطع يد اليسرى : فقطعت أنا يده اليسرى عمداً ولا أدري من قطع اليمنى إلا أنى أعلم أن اليمنى قطعت عمداً، ومات منهما، فلا قود عليه ؛ لأن ما أقر بالقصاص لما أبهم الشريك بقى مجرد الدعوى، وبمجرد الدعوى لا يثبت شيء، وعليه نصف الدية استحساناً، والقياس أن لا يلزمه شيء من الدية ؛ لما قلنا : من المخالفة بين ما أقر به، وبين ما ادعى الولى عليه .

وجه الاستحسان : أن الولى ادعى عليه القصاص، وهو أقر بنصف الدية على نفسه حيث أبهم الشريك، والولى إذا ادعى القصاص، وأقر المدعى عليه بالدية، يجب الدية استحساناً .

١٩٥٥ - وفيه أيضاً : رجل ادعى على رجل أنه شج وليه موضحة عمداً، ومات منها، وجحد المدعى عليه ذلك، فجاء المدعى بشاهدين، فشهدا بالموضحة والموت منها كما ادعاه المدعى قبلت الشهادة، وقضى القاضى بالقصاص للمدعى، وهذا ظاهر ؛ لأن الجرح باتصال الموت به يعتبر نفساً على ما عرف، فالمدعى بدعوى الموت يدعى النفس، والشاهدان شهدا بالنفس أيضاً، فقبلت الشهادة، وقضى بالقصاص لهذا .

ولو شهدا بالموضحة والبراء منها قبلت الشهادة على الموضحة، وقضى بالقصاص فى الموضحة ؛ لأنهما اتفقا على الشهادة بالموضحة كما ادعاه المدعى إلا أن المدعى ادعى زيادة شيء لم يشهدا به وهو البراءة، فهذه شهادة ببعض ما ادعاه المدعى، ومثل هذه الشهادة مقبولة .

(١) هكذا فى "ظ" و"م"، وكان فى الأصل : فجعل .

وقال فى الكتاب : ألا ترى أن الموضحة لو كانت خطأ كان الولى مدعىا عشرة آلاف درهم ، والشهود شهدوا بخمس مائة ، وهذا لا يكون قدحا فى شهادتهم أورد هذا البيان أن الشهادة بالموضحة والبراء شهادة ببعض ما ادعاه المدعى ، وإن الشهادة ببعض ما ادعاه المدعى مقبولة .

ولو شهد أحد الشاهدين بالموضحة والموت منها كما ادعاه المدعى ، وشهد الآخر بالموضحة والبراء ، قبلت شهادتهما على الموضحة ، وقضى بالقصاص فى الموضحة ؛ لأن المدعى ادعاهما ، والشاهدان شهدا بها لفظاً ومعنى إلا أن أحدهما تفرد بالشهادة على السراية ، فانفراد أحدهما لم يثبت ، وما اتفقا عليه وهو الموضحة يثبت .

فمن مشايخنا من قال : ما ذكره من الجواب قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله ، أما على قول أبى حنيفة رحمه الله : فينبغى أن لا تقبل هذه الشهادة ولا يقضى بشيء ؛ لأن من أصله أن الموضحة إن اتصل بها السراية تصير قتلا من الابتداء ، وتخرج من أن يكون موضحة حتى قال : إذا عفا عن الموضحة ، ثم سرت إلى النفس ، بطل العفو ، وعندهما : لا يبطل ، ولما كان من أصل أبى حنيفة رحمه الله هذا صار أحد الشاهدين شاهد بفعل هو قتل من الأصل ، والآخر صار شاهداً بالموضحة ، فقد اختلفا فى المشهود به ، فلا تقبل الشهادة .

ومنهم من قال : لا ، بل هذا قول الكل ، والعذر لأبى حنيفة رحمه الله أن يقول : الموضحة باتصال الموضحة بها لا تصير قتلا من الابتداء ، وليس هذا أصل أبى حنيفة رحمه الله إنما أصله أن الموجود عند اتصال السراية بالموضحة فعلا : الموضحة ، والقتل ، ولكن لا يكون للموضحة موجب من الأصل باتصال السراية بها ، فبطلان العفو عند أبى حنيفة رحمه الله باعتبار أنها تصير قتلا من الابتداء ، إذا ثبت هذا ، فنقول : إذا لم تثبت السراية هنا لكون الشاهد واحد ، وقد ثبت الموضحة حقيقة كان لها موجب الموضحة ، وموجبها القصاص .

ولو قلنا : إن الموضحة تصير قتلا من الابتداء ، إلا أن ذكر الموضحة لا يتقدم ، فصار المدعى مدعىا للموضحة والشهود ، وشهدوا بالموضحة أيضاً ، وعلى الجوابين جميعاً يخرج قول من يقول : بأن المدعى لما ادعى السراية ، فقد ادعى شيئاً آخر ، فينعدم

الموافقة بين المدعى وبين الشهود، بأن يقال: بأن المدعى بدعوى السراية لا يصير مدعيًا شيئًا آخر؛ لأن الموضحة باتصال السراية بها لا تصير قتلا من الابتداء على الجواب الأول، فيكون مدعيًا فعلين، وقد اتفقا الشاهدان على أحدهما، وعلى الجواب الثاني إن صارت الموضحة قتلا من الابتداء إلا أن دعوى الموضحة لا ينعدم^(١)، فصار المدعى مدعيًا للموضحة، وقد اتفقا الشاهدان عليهما.

ولو ادعى الولي الموضحة والبراء منها، وشهد أحد الشاهدين بالموضحة والبراء، والآخر بالسراية لا تقبل الشهادة؛ لأنه صار مكذبًا لمن شهد بالسراية في بعض ما شهد وهو السراية، وإنه يوجب بطلان الشهادة على ما ذكرنا.

ولو كان الشجة شيئًا دون الموضحة لا يتحملها العاقلة إلا باتصال السراية بها نحو السمحاق، وما أشبهه، فادعى الولي أنه مات منها، ولي النفس على العاقلة، وجاء بشاهدين شهد أحدهما، كما ادعاه المدعى، وشهد الآخر أنه برئ من ذلك، قبلت الشهادة على الشجة، وقضى بأرشها في مال الجاني.

وكان ينبغي أن لا تقبل هذه الشهادة؛ لأن الولي بدعوى اتصال الموت بالشجة صار مدعيًا النفس والمال على العاقلة، وأحد الشاهدين شهد بالمال على الجاني، والجواب عن هذا أن يقال: بأن المدعى بدعوى اتصال الموت وإن صار مدعيًا للمال إلا أنه لا يدعى المال على العاقلة ابتداء وإنما يدعى بطريق التحمل، وهذا لأن الوجوب على الجاني أولاً، والعاقلة يتحملون الوجوب عنه، فالمدعى يدعى المال على الجاني ابتداء، ووجوب التحمل على العاقلة، وقد اتفق الشاهدان على الوجوب على الجاني، وتفرد أحدهما بإيجاب التحمل على العاقلة، فيتعذر وما اتفقوا عليه ثبت، وما تفرد به أحدهما لا يثبت، وجواب آخر أن المدعى بدعوى اتصال الموت بالشجة وإن صار مدعيًا النفس إلا أن دعوى الشجة لا ينعدم، فيكون مدعيًا الشجة والنفس جميعًا، وقد اتفق الشاهدان على الشجة، وتفرد أحدهما بالنفس، فما اتفقوا عليه يثبت، وما لم يتفقوا عليه لا يثبت.

وكذلك لو كان الميت عبدًا لرجل، فادعى مولاه أن الشاجّ شجه موضحة عمدًا،

(١) هكذا في "ظ" و"ف"، وكان في الأصل: لا يتقدم.

ومات منها، وأن له عليه القود، وجاء بشاهدين، فشهد أحدهما كما ادعاه المدعى، وشهد الآخر أنه برئ، فالقاضي يقضى بأرش الشجة فى مال الجانى؛ لأن دعوى الموضحة مع دعوى السراية دعوى الموضحة والنفس جميعاً. وقد اتفق الشاهدان على الموضحة، فتثبت الموضحة إن كان لا يثبت النفس، ولا قصاص بين الحر وبين العبد فى الطرف، فقضينا بأرش الموضحة فى مال الجانى.

الفصل الثانى والعشرون

فى الدعوى والاختلاف بين الورثة

١٩٥١- قال محمد: رجل قتل وله ابنان، لا وارث له غيرهما، فأقام أحدهما وهو عبد الله بينة على صاحبه وهو زيد أنه قتله عمداً، وأقام زيد بينةً على أجنبى أنه قتله عمداً، قبلت البيتان عند أبى حنيفة، وعلى الابن المشهود عليه وهو زيد نصف الدية فى ماله لصاحبه، وللابن المشهود عليه على الأجنبى نصف الدية فى ماله، وإن كان القتل خطأ، فعلى عاقلة كل واحد منهما نصف الدية.

وقال أبو يوسف ومحمد: بينة الابن على أخيه أولى القبول، ويقضى على الأخ المشهود بالقود، إن كان عمداً، وإن كان خطأ، فله الدية على عاقلته، وبطلت بينة الابن المشهود عليه على الأجنبى. فوجه قولهما: إن بينة عبد الله أكثر إثباتاً؛ لأنها تثبت شيئاً لا يثبت بينة زيد، وهو حرمان زيد عن الميراث، والبيانات ترجح بكثرة الإثبات. ولأبى حنيفة أن البيتين قد تعارضتا، فيقضى بهما على حسب الإمكان كسائر البيانات، وما يقول: بأن فى بينة عبد الله زيادة إثبات ليس كذلك، بل فيها نفى، فإنها تنفى ميراث زيد، فإن سبب الميراث القرابة وموت المورث، وقد وجدا فى حق زيد، فعبد الله ينفى بينة ميراث زيد، والبيانات لا ترجح بالنفى، وإذا قبلت البيتان، سقط القصاص، ولم يثبت حرمان الميراث؛ لأن كل واحد من الابنين أثبت القتل بيته على من أقام البينة عليه بالقتل، والقتل مما لا يتكرر، فيجعل كل واحد منهما قاتلاً من وجه، وبالقتل من وجه، لا يثبت الحرمان، ولا يجب القصاص، ولكن يجب الدية، فيقضى لعبد الله على زيد نصف الدية فى ماله، إن كان عمداً، وعلى عاقلته إن كان خطأ، ويقضى لزيد على الأجنبى بمثل ذلك؛ لأن كل واحد من المشهود عليهما قاتل من وجه دون وجه على ما مرّ، والقتل من وجه لا يجب إلا نصف الدية، كما لو ادعى كل واحد من الابنين القتل على الأجنبى.

وأما الميراث: فعندهما الميراث كله لعبد الله، أما عند أبى حنيفة لم يذكره فى

الكتاب، واختلف المشايخ فيه : قال بعضهم : الميراث بينهما أرباعاً : ثلاثة أرباعه لعبد الله، وربعه لزيد ؛ لأن لعبد الله نصف الميراث فى كل حال ، والنصف الآخر له فى حال ، وهو ما إذا كان القاتل زيداً ، ولا شىء له من ذلك النصف فى حال ، وهو ما إذا كان القاتل أجنبياً ، فينصف ذلك النصف ، فلهذا كان له ثلاثة أرباع الميراث ، وأما زيد : فله نصف الميراث فى حال ، ولا شىء له فى حال ، فينصف ذلك النصف ، فكان له الربع .

وقال بعضهم : الميراث بينهما نصفان ، وهو الأصح ؛ لأن حرمان زيد عن الميراث لم يثبت ، ألا ترى أنه وجب لكل واحد نصف الدية ، والدية فى الحقيقة ميراث ، فإنما يجب بدلا عن نفس الميت ، يجب للميت أولا ، ولهذا يقضى منه ديونه ، وينفذ وصاياه ، ثم ينتقل إلى الورثة بالإرث ، فكان كل واحد منهما وارثاً النصف بكل حال ، فكان بينهما نصفان لهذا .

١٩٥٥٢- ولو أقام كل واحد منهما البينة على صاحبه ، أنه قتل أباهما عمداً أو خطأ ، فعلى أبى يوسف ومحمد : تهاوت البيتان ، ولا تجب الدية ، والميراث بينهما ؛ لأن البيتين قد استوتا من جميع الوجوه ؛ لأن كل واحد منهما يدعى على صاحبه مثل ما يدعى صاحبه عليه ، فوجب القول بالتهاتر ، كما لو ادعى كل واحد منهما شراء شىء من جهة صاحبه ، والشىء فى أيديهما ، وأقاما البينة ، ولم يؤرخا بخلاف الفصل الأول ؛ لأن هنا ترجحت بينة عبد الله على ما مرّ ، وإذا تهاوترا فكأنهما لم يقيما بينة ، ولو لم يقيما بينة ، لم يثبت القتل ، وكان الميراث بينهما نصفان ، كذا هنا .

وأما على قول أبى حنيفة : يقضى لكل واحد منهما على صاحبه بنصف الدية ، إن كان القتل عمداً ، ففي ماله ، ويتقاصان ، وإن كان خطأ ، فعلى عاقلة كل واحد منهما ؛ لأن البيتين قد تعارضتا ، والتهاتر إنما يكون أن لو ادعى كل واحد منهما تلقى الملك من جهة صاحبه ، ولم يؤرخا ، وهنا ادعى كل واحد منهما شرائين من واحد ، وإذا لم يثبت التهاتر ، يجب العمل بهما فى حق حكم القتل ، وتعدّر العمل بهما فى حق القصاص ، فيعمل فى حق الدية ، فيقضى بالدية بينهما نصفان ، كما لو ادعى كل واحد منهما القتل على أجنبى ، وأقام كل واحد البينة ، ويكون الميراث بينهما نصفان ؛ لأننا وإن

علمنا أن أحدهما محروم عن الميراث، إلا أن بحرمان أحدهما لا يتقضى شيء من الميراث؛ إذ الابن الواحد يستحق جميع ما يستحقه الابنان، فوجب القضاء بالكل للمستحق، وليس أحدهما في حق استحقاق الميراث بأولى من الآخر، فيقضى بينهما نصفان لهذا.

ولو كان البنون ثلاثة، وأقام عبد الله على زيد بينة أنه قتل الأب، وأقام زيد على عمرو أنه قتله، وأقام عمرو بينة على عبد الله أنه قتله، فهنا تقبل البيّنات بالاتفاق، وأما على قول أبي يوسف ومحمد: فلأن شرط التهاثر أن يدعى كل واحد منهما على صاحبه مثل ما يدعيه صاحبه عليه، ولم يوجد ذلك هنا، بخلاف الفصل الأول على ما مر.

وأما على أبي حنيفة: فلأن كل واحد من الابنين لو ادّعى على صاحبه مثل ما ادّعى صاحبه عليه، تقبل البيّتان جميعاً على ما مر، فهنا أولى، ولا يجب القصاص على واحد منهم بالاتفاق؛ لأنه لما قبلنا البيّتين، كان كل واحد منهم قاتلاً من وجه دون وجه، والقتل من وجه لا يكفي بإيجاب القصاص.

ثم على قول أبي حنيفة: يقضى لكل واحد منهم على صاحبه بثلث الدية في ماله، إن كان عمداً، وعلى عاقلة إن كان خطأ؛ لأن الدية بمنزلة مال العين عند أبي حنيفة من حيث إنه لا يزداد على دية واحدة بمقابلة نفس لم يفرق أجزاءها في الإتلاف، وقد استوت حججهم، فيقضى بالدية بينهم أثلاثاً، كدار تنازع فيها ثلاثة نفر، وادّعى كل واحد منهم نصفها، وأقاموا جميعاً البيّنة، فإنه يقضى بالدار بينهم أثلاثاً، كذا هنا، ويكون الميراث بينهم أثلاثاً، وإن تيقنا بحرمان أحدهم إلا أن بحرمان أحدهم لا ينقص شيء من الميراث، وليس بعضهم للتعين للحرمان بأولى من البعض، فلهذا يقضى بينهم بالميراث أثلاثاً.

وأما على قول أبي يوسف ومحمد: يقضى لكل واحد منهم على صاحبه بنصف الدية؛ لأن عبد الله أثبت بيّنته جميع الدية على زيد نصفه لنفسه، ونصفه لعمرو إلا أن عمرواً لما ادّعى القتل على عبد الله، فقد أكذب بينة عبد الله فيما شهدت له من نصف الدية، فيبطل حق عمرو قبل زيد، وبقي حق عبد الله، وهكذا الوجه في حق زيد، وفي

حق عمرو .

وطعنوا على محمد رحمه الله فى هذا، فقال : كيف يجب هنا دية ، فإن المقتول واحد ، ولا يجب بمقابلة مقتول واحد أكثر من دية واحد ، والجواب من هذا أن يقال : إنما لا يزداد بدل نفس واحدة إذا لم يفرق أجزاءه فى الإتلاف ، أما إذا فرق يجوز أن يزداد^(١) كما لو لو قطع رجل يدي إنسان ، وقطع آخر رجله ، وجزّ آخر رقبته خطأ ، فإنه يجب ثلاث ديات ، وإن كان الواحد مبدلاً ، لكن لما فرق أجزاءها فى الإتلاف زيد على دية واحدة ، إذا ثبت هذا ، فنقول فى مسألتنا : احتمال أن يكون الإتلاف متفرقاً منهم لما شهد كل فريق بمطلق القتل ، فإنه يجوز أن يكون أحدهم قطع يدي الأب ، وقطع الآخر رجله ، وجزّ آخر رقبته ، والبيّنات حجج الله تعالى لا يجوز إبطالها بالشك ، وقد أثبت كل بينة لمدعيها نصف الدية ، فلا ينقص بالشك ، ولكن أبو حنيفة يجيب عن هذا ، ويقول : بأن إبطال البينة كما لا يجوز بالشك ، فيوجب الزيادة على دية واحدة لا يجوز أيضاً بالشك ، وعند تعذر الجمع بينهما الإسقاط أولى من الإيجاب ؛ لأن فيه إبقاء ما كان على ما كان ، وهو عدم الوجوب ، وفى الإيجاب إثبات ما لم يكن ثابتاً ، فكأن ما قلناه أولى يكون الميراث بينهما أثلاثاً عندهما أيضاً ؛ لما قلنا لأبى حنيفة .

١٩٥٥٣- ولو أقام عبد الله البينة على زيد وعمرو أنهما قتلا أباهم عمداً أو خطأ ، وأقام زيد وعمرو البينة على عبد الله أنه قتل أباهم عمداً أو خطأ ، تهاوت البيتان عندهما ؛ لأن كل فريق منهم يدعى على الآخر مثل ما يدعيه الآخر عليه ، وبقيت الورثة بينهما أثلاثاً كما لو لم يوجد إقامة البينة ، فأما على قول أبى حنيفة : يقضى لعبد الله على زيد وعمرو بنصف الدية فى مالهما إن كان عمداً ، وعلى عاقلتهما إن كان خطأ ، ويقضى لزيد وعمرو على عبد الله بنصف الدية إن كان عمداً ، وفى مال عبد الله وإن كان خطأ ، فعلى عاقلته ؛ لأن عند أبى حنيفة لا يزداد على دية واحدة بمقابلة نفس لم يفرق إتلافها ، والقتل من كل فريق يوجد فى حال دون حال ، فيقضى لكل فريق بنصف الدية والميراث يكون نصفه لعبد الله ونصفه لزيد وعمرو ؛ لأن فى حال كل الميراث لعبد الله ، وفى حال كل الميراث لزيد وعمرو ، فلهذا يقضى بالنصف لهما وبالنصف لعبد الله .

(١) هكذا فى "م" ، وكان فى "ظ" و "ف" : أن يزداد .

ولو أقام عمرو على زيد البينة أنه قتل أباهم وأقام زيد البينة على عمرو أنه قتل أباهم، ولم يقيم منهما البينة على عبد الله، فإنه يقال لعبد الله: ما تقول: في هذا؟ وإنما وجب السؤال عن عبد الله لأنه صاحب حق في هذا الدم، إذ هو ليس بقاتل، فهذه المسألة على ثلاثة أوجه: إما إن ادعى عبد الله القتل على أحدهما بعينه، أو منهما، بأن قال: لم يقتل واحد منهما، أو ادعى عليهما، بأن قال: هما قتلاه.

فإن ادعى القتل على أحدهما بعينه وهو عمرو، فعلى قياس قول أبى حنيفة رحمه الله: يقضى على عمرو بثلاثة أرباع الدية، ويكون ذلك بين زيد وعبد الله نصفان، وإن كان القتل عمداً، ففي مال عمرو، وإن كان خطأ، فعلى عاقلة عمرو، ويقضى لعمرو على زيد بربع الدية، ويكون ذلك في مال زيد إن كان عمداً، وإن كان خطأ، فعلى عاقلته، وإنما كان كذلك؛ لأن عبد الله لما صدق زيداً، فقد صارت بينة زيد بينة لعبد الله، فصار عبد الله ببينته مثبتاً نصف الدية لنفسه على عمرو، ولم يعارض لها بينة عمرو من هذا الوجه، فيثبت النصف لعبد الله على عمرو، وبينة زيد تثبت لزيد أيضاً نصف الدية على عمرو، وكذلك بينة عمرو تثبت لعمرو نصف الدية على زيد، وقد وقع التعارض بين بينة عمرو وبين بينة زيد من الوجه الذي هي بينة لزيد على عمرو نصف الدية، فعملنا بهما، فيثبت لكل واحد نصف ما يقتضيهما وهو ربع الدية، ثم يضم ما وجب لزيد وهو الربع إلى ما وجب لعبد الله وذلك النصف، فجملته ثلاثة الأرباع يقسم بين عبد الله وزيد نصفين لتصادقهما أنهما يستويان في سبب الاستحقاق.

وأما الميراث نصفه لعبد الله ونصفه لزيد وعمرو؛ لأن عبد الله وارث بيقين، وإنما يزاحم أحد الأخوين؛ لأن أحدهما محروم بالاتفاق، فصار النصف لعبد الله والنصف الآخر بين زيد وعمرو لاستواء منازعتهم فيه، ثم ما وجب لزيد يضم إلى ما وجب لعبد الله، فيقسم بينهما؛ لما مر.

وأما على قول أبى يوسف ومحمد: فيقضى لعبد الله على عمرو بالقود إن كان عمداً، ويقضى بالدية على عاقلة عمرو إن كان خطأ، ويكون ذلك بين عبد الله وزيد نصفان، ويكون الميراث بينهما نصفين أيضاً؛ لأن بينة زيد وعمرو تهاترتا لوجود شرط التهاتر، وهو دعوى كل واحد منهما على صاحبه مثل الذى ادعى صاحبه عليه، وقد

صارت بينة زيد بينة لعبد الله ؛ لما عرف أن أحد الورثة ينتصب خصماً عن الباقيين فيما يثبت للميت ، ولم يوجد شرط التهاثر في حق عبد الله ، فصار كأن زيداً وعمراً لم يقيما البينة على عبد الله^(١) ، وهناك الجواب كما قلنا ، فههنا كذلك .

وإن لم يدع عبد الله القتل على واحد منهما ، بأن قال : لم يقتل واحد منهما ، ففي قياس قول أبى حنيفة رحمه الله : يقضى لزيد على عمرو بربع الدية ، ولعمرو على زيد بربع الدية ، إن كان عمداً ، ففي مالهما ، وإن كان خطأ ، فعلى عاقلتهما ، ولا شيء لعبد الله من الدية ، وإنما كان كذلك ؛ لأن كل واحد منهما أثبت جميع الدية على صاحبه بينه وبين عبد الله نصفان إلا أن عبد الله لما أنكر قتل واحد منهما ، فقد كذبهما ، فبطل حقه بتكذيبه ، بقى كل واحد منهما مدعيًا على صاحبه نصف الدية ، فيقضى لكل واحد بربع الدية ، ويكون الميراث بينهم أثلاثاً ؛ لأن كل واحد منهما يقر بنصف الميراث لعبد الله ، وهو لا يدعى إلا الثلث ، فوجب الثلث له ، ولا باقى لهما لاستواءهما .

وعند أبى يوسف ومحمد : لا يقضى هنا بشيء لا بالدية ولا بالقصاص ؛ لأن القتل على زيد وعلى عمرو^(٢) فى حق عبد الله لإنكاره ذلك ، ولا فيما بين زيد وعمرو لتهاثر البيتين ، وكان الميراث بينهم أثلاثاً ؛ لما قلناه لأبى حنيفة رحمه الله .

١٩٥٥٤- وإن ادعى القتل عليهما بأن قال : أنتما قتلتماه ففي قياس قول أبى حنيفة رحمه الله لا يقضى لعبد الله بشيء من الدية ؛ لأن عبد الله كذب شهودهما فى بعض ما شهدوا به ؛ لأن كل بينة أثبتت أن المدعى عليه هو القاتل وحده ، وأن عليه جميع الدية ، فإذا ادعى القتل عليهما جميعاً^(٣) ، صار مدعيًا أن على كل واحد منهما نصف الدية ، وصار مكذباً للشهود فى بعض ما شهدوا به ، فلم يثبت حقه ، بقى كل واحد منهما مدعيًا نصف الدية على صاحبه ؛ لما مر قبل هذا ، فيقضى لكل واحد منهما على صاحبه بربع الدية ، وأما الميراث فنصفه لعبد الله ونصفه لهما ؛ لأن عبد الله ادعى لنفسه جميع الميراث لما ادعى القتل عليهما ، وكل واحد منهما صدقه فى النصف ، فيأخذ النصف لاتفاق الكل عليه ، بقى فى النصف الآخر مجرد دعواه ، فلا يكون له من ذلك

(١) هكذا فى الأصل و"ظ" ، وكان فى "ف" و"م" : "على عمر" مكان "على عبد الله" .

(٢) وفى "ظ" : ولم يثبت فى حق عبد الله .

(٣) وفى "ظ" و"ف" : جملة .

النصف شيئاً، ويكون ذلك بين زيد وعمرو نصفان لاستواء منازعتهما فى ذلك .

وأما على قول أبى يوسف ومحمد : فقد تهاوت بينة كل واحد منهما على صاحبه ، ولا بينة لعبد الله على ما يدعى ، فلا يقضى بشىء من الدية ، فالميراث يكون بينهم أثلاثاً ، وكان ينبغى أن يكون نصف الميراث لعبد الله ؛ لأن كل واحد منهما مقرر بنصف الميراث لعبد الله . والجواب أن يقول : بأن كل واحد منهما أقر بنصف الميراث لعبد الله بشرط أن يكون حق المقر مثل حق عبد الله ، وذلك لا يكون إلا إذا جعل الميراث بينهم أثلاثاً .

١٩٥٥- ولو ترك المقتول أخاً وابناً ، فأقام الأخ البينة على الابن أنه قتل الأب ، وأقام الابن البينة على الأخ أنه هو الذى قتل الأب كانت بينة الابن أولى ؛ لأن الولى هو الابن دون الأخ ، فإنما يخرج الابن من أن يكون ولياً ، ويصير الأخ ولياً على اعتبار كون الابن قاتلاً ، وفى ذلك شك ، فلم يخرج الابن من أن يكون ولياً ، وإذا كان الابن ولياً لم يكن الأخ ولياً ، والولى خصم ، وغير الولى ليس بخصم ، وبينه الخصم مقبولة ، أما بينة غير الخصم ليست بمقبولة بخلاف ما إذا كانا ابنين حيث يقضى هنا بنصف الدية على كل واحد منهما عند أبى حنيفة رحمه الله ، وهنا قال : بينة الابن أولى ولم يذكر الخلف ؛ لأن هناك كل واحد من الابنين ولى مع صاحبه ، فلا يخرج كل واحد منهما عن الولاية بالشك ، فبقى كل واحد ولياً ، فكان كل واحد خصماً ، فوجب قبول البينتين ، وتعذر قبولهما فى حق إيجاب القصاص ، فتقبل فى حق إيجاب الدية ، أما هنا بخلافه على ما مر .

ولو ترك المقتول ابنين وأخاً ، فأقام كل واحد من الابنين البينة على صاحبه بالقتل ، وصدق الأخ أحدهما ، أو صدقهما ، كان التصديق من الأخ والعدم بمنزلة ؛ لأن أحدهما وارث هنا بيقين ؛ لأن القاتل أحدهما ، وأيهما كان وارثاً ، كان الأخ محجوباً به ، فيكون الأخ فى هذه الحالة كالأجنبى سواء ، ولا معتبر بتصديق الأجنبى ، فكذا بتصديق الأخ فى هذه الحالة ، فخرج الأخ من البين ، بقى كل واحد من الابنين مقيماً البينة على صاحبه أنه قتل الأب ، وهى المسألة الثانية من الباب .

فإن أقام الأخ البينة على الابنين أنهما قتلاه بعد أن أقام كل واحد من الابنين البينة

على صاحبه أنه هو القاتل، فعلى قول أبى يوسف ومحمد: البينة بينة الأخ، ويكون الميراث له، ويقتل الابنان إن كان القتل عمداً، وإن كان خطأ، فعلى عاقلتهما الدية؛ لأن بينة الابنين قد تهاترتا لوجود شرط التهاتر، فصار كأنهما لم يقيما البينة، وأقام الأخ عليهما البينة، وهناك الجواب كما قلنا؛ لأن الابنين خرجا من أن يكونا وليين، فصار الأخ ولياً، ولم يذكر قول أبى حنيفة رحمه الله فى هذه المسألة، وينبغى أن عنده لا تقبل شهادة الأخ؛ لأن بينة الابنين ما تهاترتا، فتردد حال كل واحد من الابنين بين أن يكون ولياً وبين أن لا يكون ولياً، فلا يصير الأخ ولياً بالشك، ويكون الميراث بين الابنين، ويجب لكل واحد منهما على صاحبه نصف الدية، وهى المسألة الثانية من الباب.

وإن ترك ثلاث بنين، فأقام اثنان البينة منهم على الثالث أنه قتل أباهم، وأقام الثالث بينة بذلك على الأجنبى، فعلى قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله: بينة الابنين أولى؛ لأنها أكثر إثباتاً، فإنها تفيد حرمان الثالث عن الميراث، وبينة الثالث لا تفيد الحرمان عن الميراث لأحد، فيقضى بالقصاص على الثالث للأخوين إن كان عمداً، وبالدية على عاقلته إن كان خطأ، ولا يرث الابن المشهود عليه، ويكون الميراث بن الابنين المدعين نصفين، وأما على قول أبى حنيفة رحمه الله لم يترجح بينة الابنين على بينة الثالث؛ لما مر فى المسألة الأولى من الباب، فيقضى للابنين الثالث، بثلثى الدية، إن كان عمداً، ففى ماله، وإن كان خطأ، ففى عاقلته، ويقضى للثالث على الأجنبى بثلث الدية، ويكون الميراث بينهم أثلاثاً.

١٩٥٥٦- وإذا قتل الرجل وترك ثلاث بنين، فأقام الأكبر بينة على الأوسط أنه قتل الأب، وأقام الأوسط بينة على الأصغر بذلك، وأقام الأصغر بينة على الأجنبى بذلك، ففى قياس قول أبى حنيفة رحمه الله: يقضى لكل واحد منهم على الذى أقام عليه البينة بثلث الدية؛ لأن البينات قد تعارضت، ولم يترجح بينة الأكبر والأوسط بسبب ما أثبتنا من حرمان الميراث على بينة الأصغر؛ لما مر فى المسألة الأولى من الباب، فيجب قبول الكل، وقد تعذر قبول الكل فى حق القصاص؛ لما مر أن القتل لا يتكرر، وكل واحد احتمال أن لا يكون قاتلاً، ومع الشك لا يمكن القضاء بالقصاص، وإذا تعذر القضاء بالقصاص يجب القضاء بالدية، ويقضى لكل واحد بثلث الدية؛ لأن الأصغر يدعى ثلث الدية لنفسه على الأجنبى، فإن فى زعمه أن الدية على الأجنبى بين البنين

أثلاثاً، فكان مدعيًا لنفسه ثلث الدية، فيقضى له بذلك، وما يجب بمقابلة نفس، لم يفرق أجزاءها عند أبي حنيفة رحمه الله، لا يزداد على دية واحدة، فبقى هناك ثلثا الدية، وقد استوى الأكبر والأوسط في الدعوى والحجة في ذلك، فصار بينهما نصفين، فمن هذا الوجه يقضى لكل واحد بثلث الدية، وإن شئت قلت: إنما يقضى لكل واحد منهم بثلث الدية؛ لأن عند أبي حنيفة رحمه الله: لا يزداد على دية واحدة بمقابلة نفس لم يفرق أجزاءها في الإتلاف، والقتل من كل فريق يثبت في حال دون حال، فلهذا قضى على كل فريق بثلث الدية، ويكون الميراث بينهم أثلاثاً.

وأما على قول أبي يوسف ومحمد: يقضى على الأكبر لأوسط بنصف الدية، وللأوسط على الأصغر بنصف الدية، ولا يقضى للأصغر على الأجنبي؛ لأن بينة الأكبر على الأوسط، وبينة الأوسط على الأصغر مقبولتان لعدم ما يوجب التهاثر إلا أنه لم يوجب القصاص في العمد لا على الأوسط ببينة الأكبر، ولا على الأصغر ببينة الأوسط، إما لجهالة القاتل لما قبلت البيئتان، أو لأن الأكبر ببينة على الأوسط^(١) أثبت القصاص لنفسه وللأجنبي^(٢)، والأصغر بدعواه القتل على الأجنبي أبطل نصيبه، فصار كما لو عفا الأصغر، فانقلب نصيب الأكبر مالا، والأوسط ببينة على الأصغر أثبت القصاص لنفسه وللأكبر، والأكبر بدعواه القتل على الأوسط بطل نصيبه فكأنه عفا، فانقلب نصيب الأوسط مالا، فلهذا لم يجب القصاص ووجب للأكبر على الأوسط نصف الدية، وللأوسط على الأصغر نصف الدية لهذا المعنى أيضاً.

وأما بينة الأصغر على الأجنبي غير مقبولة؛ لأن الأصغر خرج عن الإرث ببينة الأوسط وعن كونه ولياً بخلاف الأوسط حيث لم يخرج عن الإرث، وعن كونه ولياً ببينة الأكبر؛ لأن بينة الأوسط توجب حرمان الأصغر عن الميراث كما أن بينة الأكبر توجب حرمان الأوسط، فاستوى في حق إفادة كل واحد منهما الحرمان، فلم يترجح إحدى البيئتين على الأخرى، وأما بينة الأصغر لا توجب حرمان أحد، فترجحت بينة الأكبر، وبينة الأوسط على بينة الأصغر، والميراث بين الأكبر والأوسط نصفان، ولا شيء للأصغر لخروجه من أن يكون وارثاً فيه - والله أعلم -.

(١) زيد من "ظ" و"ف" و"م".

(٢) وفي ظ: "الأصغر" مكان "ولالأجنبي".

الفصل الثالث والعشرون

فى الورثة والموصى له الذى يدعى بعضهم قتل عمد أو خطأ

١٩٥٥٧- قال محمد رحمه الله فى "الزيادات": رجل مات، وترك ابنين، وقد كان أوصى بثلث ماله لرجل، فأقام أحد الابنين بينة أن هذا الرجل قتل أباه عمداً، وأقام الابن الآخر بينة على رجل آخر أنه قتل أباه خطأ، فهذه المسألة على وجوه: إما أن يصدق الموصى له مدعى الخطأ، أو يصدق مدعى العمد، أو يصدقهما، أو يكذبهما، أو يقول: لا أدري أكان القتل خطأً أو عمداً؟ فنقول: نذكر أولاً حكم المسألة فيما إذا لم يكن الابنين موصى له بالثلث، ثم نذكر حكمها فيما إذا كان معهما موصى له بالثلث.

فأما إذا لم يكن معهما موصى له بالثلث، فالحكم فيها أنه لا قصاص على واحد منهما، أما على الذى ادعى عليه قتل الخطأ فظاهر، وأما على الذى ادعى عليه قتل العمد فلأنه لم يتعين قاتلاً، بل الأمر مشتبّه. بيانه: وهو أن كل واحد من الابنين خصم فى دعوى القتل وإثباته، وقد أثبت كل واحد منهما بينة على من أقامها عليه قتلاً تفرد هو به، والقتل فى محل واحد لا يتكرر، فلا يتصور اجتماع القتلين فى محل واحد، أحدهما عمداً، والآخر خطأً، فبقى القاتل مشتبّهاً أو نقول: نجعل كأن الأمرين كانا؛ لأن البينتان حجج الله تعالى يجب العمل بها ما أمكن، وقد أمكن بأن يجعل كأن شهود العمد عاينوه جرحه عمداً، فلم يزل صاحب فراش حتى مات، ولم يعلموا جراحة غيره خطأً، وشهود الخطأ عاينوه جرحه خطأً، فلم يزل صاحب فراش حتى مات، ولم يعلموا جراحة غيره عمداً، فشهدا كل فريق على ما عاين وشاهد، ولو كان هكذا لا يجب القصاص على العاقلة المشاركة الخاطئ إياه فى القتل، كذا هنا.

ولمدعى العمد نصف الدية فى مال من أقام عليه البينة فى ثلاث سنين، أما وجوب نصف الدية فلأنه تعذر عليه استيفاء القصاص لا لمعنى من جهته، بل بدعوى صاحب الخطأ، فيقضى له بحصته من الدية.

وأما فى مال القاتل فلأن القتل عمداً فى حقه، والعاقلة لا تعقل العمد، وأما فى

ثلاث سنين فلأن وجوبه بالقتل والدية إذا وجبت بالقتل تجب في ثلاث سنين ، وإن كان القتل عمداً كالأب إذا قتل ابنه عمداً ، والبعض معتبر بالكل .

ولمدعى الخطأ على عاقلة من أقام عليه البينة نصف الدية في ثلاث سنين ؛ لأنه أثبت جميع الدية على عاقلته النصف لنفسه والنصف لصاحبه إلا أن صاحبه أنكر ذلك ، وكذبه شهوده ، لكن إنكار صاحبه يؤثر في حق نفسه ، لا في حقه ، فبقى نصيبه ، وذلك نصف الدية .

هذا إذا لم يكن مع الابنين موصى له بالثلث ، وأما إذا كان مع الابنين موصى له بالثلث ، وهو المذكور هنا ، فهذه المسألة على وجوه على نحو ما بينا إن صدق الموصى له مدعى الخطأ قضى لمدعى الخطأ ، وللموصى له على عاقلة المدعى عليه الخطأ بثلثي الدية في ثلاث سنين لكل واحد منهما الثلث ؛ لأن مدعى الخطأ أثبت بينة جميع الدية للميت ثلثاها له ولأخيه إرثاً وثلثها للموصى له وصية إلا أن المدعى العمد رد ذلك ، وأعرض عنه ، فكذب شهوده بدعوى العمد ، فبطل الثلث الذي هو لمدعى العمد بزعمه ، وبقي ثلثاها لمدعى الخطأ ، وللموصى له ؛ لما قلنا : إن زعم كل إنسان معتبر في حقه ، وليس بمعتبر في حق غيره ، وقضى لمدعى العمد بثلث الدية في مال المدعى عليه العمد ؛ لأن مدعى العمد ببينة أثبت القصاص بينه وبين الآخر نصفان ، إذ لا حق للموصى له في القصاص إلا أن مدعى الخطأ بدعوى الخطأ أبطل حقه في القصاص ، فانقلب نصيب مدعى العمد مالا ، وهو نصف الدية كما لو عفا عن نصيبه غير أن في زعم مدعى العمد أن للموصى له ثلث هذا النصف ؛ لأن العمد إذا انقلب مالا يلحق بالخطأ ، ويصير موجب المال للميت ، ألا ترى أنه يقضى ، فيثبت فيه حق الموصى له إلا أن الموصى له لما ادعى الخطأ ، فقد أسقط حقه عن ثلث هذا النصف ، فبطل حقه وبقي حق مدعى العمد في ثلثي هذا النصف ، وهو ثلث الجملة ، ويكون ذلك في مال القتاتل ؛ لأنه وجب بالعمد ، وقد قالت الصحابة : لا تعقل العاقلة عمداً .

وإن صدق الموصى له مدعى العمد ، قضى لمدعى الخطأ بثلث الدية على عاقلة المدعى عليه بالخطأ ؛ لما ذكرنا أن مدعى الخطأ أثبت ببينته جميع الدية للميت ثلثاها له ولأخيه وثلثها للموصى له إلا أن أخاه مع الموصى لما ادعى العمد ، فقد أبطل حقهما ،

بقى حق مدعى الخطأ، وذلك الثلث، وبقى لمدعى العمد فى مال المدعى عليه العمد بثلاث الدية، وقضى للموصى له فى مال المدعى عليه العمد بسدس الدية؛ لأن مدعى العمد أثبت القصاص بينه وبين أخيه إلا أن أخاه أبطل حقه بدعوى الخطأ والإعراض عن دعوى العمد، فبطل حقه وانقلب نصيب مدعى العمد مالا، وهو نصف الدية غير أن فى زعم مدعى العمد للموصى له ثلث هذا النصف، ولم يوجد من الموصى له ما يوجب بطلانه، فيكون له ثلث هذا النصف^(١) وهو سدس جميع الدية، ولمدعى العمد ثلث هذا النصف وهو ثلث جميع الدية، فصار الحاصل أن لمدعى الخطأ ثلث الدية، ولمدعى العمد ثلث الدية وللموصى له سدس الدية، فجملة ما وجب من الدية خمسة أسداسها.

وإن كذب الموصى له المدعين أو صدقهما، فلا شيء له، أما إذا كذبهما فلان فى زعمه أن هذا الرجل مات حتف أنفه، ولا شيء له على أحد من بدل دمه ونفسه، وزعمه معتبر فى حقه، وأما إذا صدقهما فلان فى تصديقهما تكذيبهما معنى؛ لأن كل واحد منهما ادعى قتلا تفرد به المدعى عليه والقتل فى محل واحد مما لا يتكرر، فكان فى تصديقهما تكذيبهما معنى من هذا الوجه، فيبطل حقه، ويقضى لمدعى الخطأ بثلاث الدية على عاقلة المدعى عليه الخطأ، ولمدعى العمد بثلاث الدية فى مال المدعى عليه العمد؛ لأن كل واحد منهما لا يدعى لنفسه أكثر من ذلك.

وإن قال الموصى له: لا أدري كان القتل عمداً أو خطأ، فحق الابنين كما قلنا، ويقال للموصى له: لا بد لك من أن تصدق أحدهما حتى يقضى لك بشيء؛ لأن الحكم يختلف بالعمد والخطأ، ويصدق الموصى له مدعى العمد، أو مدعى العمد على نحو ما بينا، فإن صدق بعد ذلك أحدهما قبل تصديقه، ولا يبطل حقه بقوله فى الابتداء: لا أدري؛ لأن هذا تثبت^(٢) منه ليتحرز به عن الغلط، فلا يكون إكذاباً لواحد من المدعين، وقد يجهل المراد فى الابتداء أشياء لم يعلم به، فإذا صدق أحدهما بعد ذلك، فقد زعم أنه علم بعد ما جهله، فيقضى له.

ولو كان مكان الموصى له ابن ثالث للميت، وباقى المسألة بحالها، فهذا والأول

(١) زيد من بقية النسخ.

(٢) وفى م: "بث".

سواء إلا فى خصلة واحدة، إذ الابن الثالث لو صدق مدعى العمد قضى لهما بثلث الدية فى مال القاتل لكل واحد منهما بالثلث، وفى الموصى له يقضى لهما بنصف الدية الثلث لمدعى العمد والسدس للموصى له. والفرق أن حق الابن الثالث يثبت فى القصاص كما يثبت فى المال، فمدعى العمد بإقامة البينة أثبت القصاص، وانقلب الثلثان مالا لكل ابن الثلث، أما حق الموصى له لا يثبت فى القصاص على ما ذكرنا، فمدعى العمد ببنيته أثبت القصاص بينه وبين أخيه إلا أن مدعى الخطأ أبطل حقه، وهو نصف القصاص وانقلب نصف الآخر مالا، فيكون للموصى له ثلث النصف، وهو سدس الكل، ثم فى جميع ما ذكرنا إذا توى ما على العاقلة، وخرج ما على القاتل، أو خرج ما على العاقلة، وتوى ما على القاتل، فأراد الذى توى حقه أن يشارك الذى خرج حقه لا يكون له ذلك؛ لأن المال وجب لهما بسببين مختلفين، فإن سبب وجوب أحدهما القتل الخطأ، وسبب وجوب الآخر القتل العمد، والقتل العمد غير الخطأ، ولم تثبت الشركة فى سبب الوجوب، فلا يثبت حق المشاركة فى المقبوض، ولا فرق بين أن يكون المقضى عليه بالمال ابنين أو واحداً، حتى لو ادعى أحدهما العمد، والآخر الخطأ على رجل لا عاقلة له، وقضى القاضى بكل واحد منهما بنصيبه فى مال القاتل، فما قبض أحدهما لا يكون للآخر حق المشاركة معه؛ لأن العبرة باختلاف السبب واتحاده، والعمد مع الخطأ سببان مختلفان - والله أعلم -.

الفصل الرابع والعشرون

فى الشهادة تبطل بعد قضاء القاضى بالقتل

١٩٥٥٨- قال محمد رحمه الله فى "الجامع الكبير": رجلان شهدا على رجل أنه قتل ولى هذا الرجل خطأ، فقضى القاضى بالدية على العاقلة فى ثلاث سنين، وقبضها الولى، ثم جاء المشهود بقتله حيًا، كان للعاقلة الخيار إن شاؤوا، وضمنوا الولى؛ لأنه تبين أنه قبض ما ليس له ولاية قبضه، وإن شاؤوا، ضمنوا الشاهدين؛ لأنهم أتلقوا الدية على العاقلة حكمًا بغير حق، وهذا لأن التلف، وإن وصل بقضاء القاضى إلا أن الشاهدين بشهادتهما ألجأ القاضى إلى القضى، فإنهما جعلاه بحال لو امتنع عن القضاء، يأثم، فصار التلف الحاصل بقضاء القاضى بهذه الوساطة مضافًا إلى شهادة الشاهدين، فإن ضمنوا الولى، فالولى لا يرجع على أحد؛ لأنه ضمن بفعله، وملك المضمون حصل له، ولم يوجد من أحد جناية عليه بعد ما ملكه، وإن ضمن الشاهدين، فالشاهدان رجعا بما ضمنا على الولى؛ لأنهما بأداء الضمان ملكا المضمون من وقت الإلتلاف، فصار الولى جانيًا عليهما بأخذ ملكهما، فلهذا كان لهما حق الرجوع على الولى.

وإن شهدا بقتل العمد، وقضى القاضى بالقصاص، فقتله الولى، ثم جاء المشهود بقتله حيًا لا قصاصًا على واحد منهم، أما الولى فلأن قضاء القاضى يصير شبهة فى حقه، وأما الشاهدان فلأنه لم يوجد منهما المباشرة، والقصاص جزاء المباشرة، ولكن ورثة القتل بالخيار إن شاؤوا، ضمنوا الولى، وإن شاؤوا، ضمنوا الشاهدين؛ لأن الولى قتله حقيقة بغير حق، والشهود قتلوه حكمًا بغير حق، فإن ضمنوا الولى لا يرجع على أحد؛ لما مر، وإن ضمنوا الشهود، لا يرجعون بذلك على الولى فى قول أبى حنيفة رحمه الله، وعند أبى يوسف ومحمد: يرجعون.

فوجه قولهما: إن الواجب ههنا القصاص لكون القتل عمدًا إلا أنه انقلب ما لا لتعذر استيفاءه والقصاص المنقلب ما لا فى الانتهاء بمنزلة الواجب فى الابتداء، حتى

يقضى منه ديون الميت، وتنفذ وصاياه، ولو كان الواجب مالا من الابتداء، بأن كان القتل خطأ قد بينا أن الشهود يرجعون على الولي بما يضمنون، فهنا كذلك .

وأبو حنيفة فرق بين الفصلين، فقال : إذا كان الواجب مالا من الابتداء، فالشهود إنما يرجعون على الولي باعتبار أنهم ملكوا المضمون على ما مر، وهذا المعنى لا يتمكن تحقيقه في القصاص المنقلب مالا؛ لأن المضمون هو الدم، والدم ليس بقابل للملك، فلهذا افترقا .

فإن قيل : ينبغي أن يظهر ملك المضمون هنا في حق ملك البدل كمن غصب من آخر مدبراً، وجاء آخر، وغصبه منه، فاختر المولى تضمين الأول، فيصير المدبر ملكاً له في حق ملك البدل على الثاني، حتى كان للأول ولاية تضمين الغاصب الثاني .

قلنا : المدبر مال متقوم، ولهذا صح تسميته مهراً في باب النكاح إلا أنه تعذر نقله من ملك إلى ملك لحقه، ولما كان مالا متقوماً أمكن إظهار الملك فيه في حق تملك البدل، إن لم يمكن إظهار الملك فيه في حق أحكام آخر، فأما الدم ليس بمال أصلاً، ولهذا لا يصح تسميته مهراً في باب النكاح، فلم يمكن إظهار الملك فيه أصلاً .

ولو كانت الشهادة في الخطأ، أو في العمد على إقرار القاتل، والمسألة بحالها، فلا ضمان على المشهود؛ لأن كذبهم لم يثبت فيما شهدوا به؛ لأن المشهود به هو الإقرار بالقتل لانفس القتل، وليس من ضرورة حياته عدم إقرار المشهود عليه بالقتل، وإنما الضمان على الولي في الفصلين جميعاً؛ لأنه تبين أنه استوفى ما ليس له استيفاءه إلا أنه تعذر إيجاب القصاص في العمد لمكان قضاء القاضى، فيجب الدية .

وكذلك لو شهدا على شهادة شاهدين على قتل الخطأ، وقضى القاضى بالدية على العاقلة، وباقي المسألة بحالها لا ضمان على الفروع؛ لأنه لم يثبت كذبهما إذ ليس من ضرورة حياة المشهود عليه عدم إشهاد الأصول الفروع على شهادتهم، ولكن برد الولي الدية على العاقلة؛ لأنه ظهر أنه أخذها منهم بغير حق .

ولو جاء الشاهدان الأصلان، وأنكرا الإشهاد، ولم يصح إنكارهما في حق الفرعين، حتى لا يجب عليهما الضمان على الأصلين أيضاً، فمن مشايخنا من قال : هذا لا يشكل على قول أبي حنيفة وأبي يوسف؛ لأن الأصلين لو رجعا عن شهادتهما،

بأن أقرّا أنهما أشهداهما بباطل لا ضمان عليهما عندهما ، فهنا أحق ، وإنما يشكل على قول محمد ؛ لأنه لو رجع الأصلان عن شهادتهما ضمنا عنده ؛ لأن شهادة الأصلين صارت منقولة إلى مجلس القضاء بشهادة الفرعين ، فكأنهما شهدا بأنفسهما ، ثم رجعا ، حتى ظن بعض مشايخنا أن جواب محمد محمول على ما إذا كان أنكر الأصلان الشهادة ولم يظهر المشهود بقتله حيّا .

وبعضهم قالوا : لا ، بل جواب محمد في الكل واحد ، والعذر لمحمد رحمه الله أن شهادة الأصلين ، إنما تصير منقولة إلى مجلس القضاء حكمًا لا حقيقة ؛ لأنها موجودة في غير مجلس القضاء حقيقة ، والشهادة في غير مجلس القضاء لا تكون سببًا للضمان .

وإن ظهر كذب الشهود في الشهادة ، فاعتبرنا الحكم حال رجوع الأصلين ، واعتبرنا الحقيقة متى أنكر الأصلين الشهادة ، ولم يرجعا عن شهادتهما عمدًا بالدليلين بقدر الإمكان .

وإن قال الأصول : قد شهدناهما بباطل ، ونحن نعلم يومئذ أنا كاذبين لم يضمننا شيئًا في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله ، وعند محمد : العاقلة بالخيار إن شأوا وضمنوا الأصل ، وإن شأوا وضمنوا الولي ، فإن ضمنوا الأصلين ، رجعا على الولي ، وإن ضمنوا الولي لم يرجع على الأصلين ، فوجه قول محمد رحمه الله : إن شهادة الأصلين منقولة إلى مجلس القضاء حكمًا لا حقيقةً ، فعملنا بالحقيقة ، والحكم على الوجه الذي مرّ .

وأبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله قالوا : القياس يأبى قبول الإشهاد ؛ لأن المنقول إلى مجلس القضاء حكمًا لا حقيقة شهادة الأصلين في غير مجلس القضاء ، والشهادة في غير مجلس القضاء ليس بحجة ، والقضاء بما ليس بحجة لا يجوز ، لكن تركنا قضية هذا القياس وجوزنا القضاء بها ، وجعلنا شهادة الأصلين كالموجود في مجلس الحكم لإحياء حقوق الناس ، ولا ضرورة إلى جعلها كالموجود في مجلس القضاء في حق إيجاب الضمان بعد الرجوع ، فبقى على أصل القياس .

الفصل الخامس والعشرون

فى مسائل الجنين وما يتصل به

١٩٥٥٩- إذا ضرب الرجل بطن امرأة، فألقت جنيناً ميتاً، فعلى الضارب الغرة، وهى عبد أو أمة قيمته خمسون ديناراً أو خمس مائة درهم، وهذا استحسان أخذ به علماءنا الثلاثة، والقياس أن لا يجب شيء، وهو قول زفر رحمه الله، لا شك فى حياة الجنين؛ لأنه يحتمل أنه لم ينفخ فيه الروح، فيشك فى ضمانه، لكن استحساناً، فأوجبنا الغرة بالآثار، فقد روى أبو المليح بن أسامة الهذلى: "أن رسول الله ﷺ قضى فى الجنين بالغرة"^(١)، وهكذا روى المغيرة بن شعبة رضى الله عنه عن رسول الله ﷺ وهكذا روى سعيد بن المسيب، وهكذا روى عن عمر رضى الله عنه ويستوى فى ذلك الذكر والأنثى؛ لأن الآثار مطلقة ولا كفارة على الضارب عند علماءنا؛ لأن قضية القياس أن لا تجب الكفارة والضمان، لكن تركنا القياس فى الضمان بالآثار، ولا أثر فى الكفارة، فتبقى الكفارة على أصل القياس.

والمعنى فيه أن الجنين إذا انفصل ميتاً اعتبر ولداً ونفساً على حدة فى حق غيره من العباد فى حق بعض الأحكام حتى تصير الجارية أم ولد به، وتصير المرأة نفساً به، ويحل للمرأة الازدواج، وفى حق نفسه اعتبر عضواً من أعضاء الأم، حتى لا يسمى ولا يرث، وكذلك فى حق الله تعالى عضواً من أعضاء الأم حتى لا تقام عليه صلاة الجنازة التى هى حق الله تعالى، قلنا: والكفارة حق الله تعالى، فيعتبر الجنين فى حق حكم الكفارة بمنزلة عضو من أعضائها.

(١) أخرجه البخارى فى "صحيحه" ٢١٧٢/٥ حديث (٥٤٢٧) والحاكم فى "المستدرک" ٦٦٦/٣ حديث (٦٤٦٠) ومالك فى "الموطأ" ٨٥٥/٢ حديث (١٥٥١) والشافعى فى "مسنده" ٣٤٨/١، والنسائى فى "سننه" ٤٨/٨ حديث (٤٨٢٠) وابن أبى شيبة فى "مصنفه" ٣٩١/٥ حديث (٢٧٢٦٨) وأيضاً عبد الرزاق فى "مصنفه" ٥٥/١٠ حديث (١٨٣٣٣) والطبرانى فى "الكبير" ٣٨١/٢٠ حديث (٨٩٣) والدارقطنى فى "سننه" ١١٦/٣ حديث (١١٥) والبيهقى فى "الكبرى" ١١٣/٨ حديث (١٦١٨٥) والطبرانى فى "الأوسط" ٢١٢/٣.

والكفارة لا تجب بإتلاف أعضائها، وإن خرج الجنين حيًّا، ثم مات، فعلى الضارب الدية كاملة، وعليه الكفارة؛ لأنه متى انفصل حيًّا يعتبر نفساً وولداً في حق نفسه وفي حق غيره، سواء كان الحق لله تعالى أو للعباد، ألا ترى أنه يصلى عليه صلاة الجنازة، وألا ترى أنه يسمى ويرث، وألا ترى أن الجارية تصير به أم ولد، وتنقضى به العدة، فيجب كمال الدية، وتجب الكفارة؛ لأنه شبه العمد، ومن قتل طفلاً شبه العمد، فإنه يجب الدية والكفارة.

قال: ويكون دية الجنين بين ورثته على فرائض الله تعالى يريد به الغرة إذا انفصل ميتاً، وهذا لما ذكرنا أن الجنين متى انفصل ميتاً من الأم يعتبر نفساً وولداً في حق غيره من العباد، وأن يكون بدله لورثته من حق الغير، فيعتبر نفساً وولداً في حق هذا الحكم، وصار في حق هذا الحكم كأنه انفصل حيًّا.

وإنما لا يرث هو من أحد إذا انفصل ميتاً؛ لأن ذلك من حقه، وفيما هو حقه اعتبر عضواً وجزءاً من أجزاء الأم لا ولداً ونفساً، فإن مات الأم من الضرب، ثم خرج الجنين ميتاً، فلا غرة في الجنين بخلاف ما إذا خرج الجنين حال حياة الأم، ثم ماتت الأم بعد ذلك أو لم تمت، فإنه يجب في الجنين الغرة.

والفرق أن قضية القياس أن لا يجب في الجنين شيء، لكن تركنا القياس بالسنة، والسنة وردت بإيجاب الغرة فيما إذا خرج الجنين حيًّا حال حياة الأم، فإن المروى في حديث أبي المليح^(١) كان لواحد منا امرأتان، فضربت إحداهما بطن صاحبتهما بعمود فسطاط، فألقت ما في بطنها ميتاً، أضاف الفعل وهو الإلقاء إليها، وإنما يضاف الإلقاء إليها حال حياتها لا بعد موتها، وفي حديث سعيد بن المسيب: "فألقت جنيناً، وماتت الأم"، وهذا تنصيص أن موت الأم كان بعد إلقاء الجنين، والنص الوارد بإيجاب الغرة فيما إذا خرج الجنين ميتاً حال حياة الأم، وقد يتمكن الشك في ضمان الجنين من وجه آخر، وهو أنه يجوز أنه لم ينفخ فيه الروح، لا يكون وارداً بإيجاب الغرة إذا خرج ميتاً بعد موت الأم، وقد تمكن الشك في وجوب الضمان من وجوه من حيث إنه يجوز إن لم ينفخ فيه الروح، ومن حيث إنه يجوز أن نفخ فيه الروح إلا أنه مات بسبب انقطاع الغذاء

(١) والحديث مضى تخريجه سابقاً.

بسبب موت الأم لا بالضربة ، ومن حيث إنه يجوز أنه مات بسبب تحقيق الرحم وعم البطن ؛ لأن الأم متى ماتت بتضييق رحمها ، فقد تمكن الشك بعد موت الأم في وجوب ضمان الجنين من وجوه ، وحال حياة الأم تمكن الشك من وجه واحد ، فالنص الوارد ثمة لا يكون وارداً هنا .

وإن ماتت الأم من الضربة ، فعلى الضارب دية الأم في ثلاث سنين ، وإن كان في بطنها جنينان ، فخرج أحدهما قبل موت الأم وخرج الآخر بعد موت الأم وهما ميتان ، يجب في الذي خرج قبل موت الأم الغرة ، ولا يجب في الذي خرج بعد موت الأم شيء ؛ لأنهما لو خرجا ميتين قبل موت الأم ، يجب قبلهم الغرة ، ولو خرجا ميتين بعد موت الأم ، لا يجب فيها شيء ، فإذا خرج أحدهما قبل موت الأم ، والآخر بعد موت الأم ، يعطى لكل واحد منها حكم نفسه اعتباراً لحالة الإجماع بحالة الانفراد .

قال : والجنين الأول وهو الذي خرج قبل موت الأم لا يرث من دية أمه شيئاً ؛ لأنه لو انفصل حياً ، ثم مات قبل موت الأم ، لم يرث من دية أمه شيئاً ، فإذا انفصل ميتاً أولى ، وترث الأم منه ؛ لما ذكرنا أن بدل الجنين موروث بين ورثته وقت موته ، والأم من إحدى ورثته وقت موته ، والجنين الآخر وهو الذي خرج بعد موت الأم لا يرث من أحد ؛ لأنه انفصل ميتاً ، ولا يورث عنه ؛ لأنه لم يكن^(١) له شيء .

قال : وإن كان الذي خرج بعد موت الأم خرج حياً ، ثم مات ، ففيه دية كاملة ؛ لأنه لما خرج حياً اعتبر نفساً وولداً ، وصار الضارب قاتلاً له شبه العمد .

قال : ويرث هذا الجنين من دية أمه ، وما ورثت أمه من أخيه ؛ لأنه كان حياً وقت موت الأم ، فيرث ما كان متروكاً أمه ، ومتروكاً أمه ديته وما ورثت الأم من أخيه ، وهل يرث هذا الجنين من الجنين الأول وهو الذي خرج ميتاً قبل موت الأم ؟ ينظر إن كان الأب حياً لا يرث ، وإن لم يكن الأب حياً يرث ؛ لأن الأخ يصير محجوباً بالأب على ما عرف .

١٩٥٦- هذا إذا ضرب بطن حرة وألقت جنيناً ميتاً ، وأما إذا ضرب بطن أمة وألقت جنيناً ميتاً ، والأمة حية ينظر إن كان هذا الحمل حرّاً ، بأن كان هذا الحمل من

(١) وفي ظ : "لم يجب" .

المولى تجب الغرة ذكرًا كان أو أنثى ؛ لأن وجوب الغرة عرف بالحديث ، والحديث ورد فى الجنين الحر من غير فصل بينهما إذا كان الأم حرة أو كانت أمة ، فيتناول الكل .

وإن كان الجنين رقيقًا ذكر فى ظاهر الروية عن أصحابنا أنه يقوم على الهيئة واللون التى انفصل لو كان حيًا ، ثم ينظر إن كان ذكرًا يجب عليه نصف عشر قيمته ، وإن كان أنثى يجب عليه عشر قيمتها .

وروى الحسن بن زياد عن أبى يوسف : أنه قال : يضمن الضارب نقصان الولادة إن نقصها الولادة ، ولا شىء عليه فى الجنين ، وإن لم تنقصها الولادة ، فلا شىء عليه .

فالكلام بين أبى حنيفة ومحمد وبين أبى يوسف رحمهم الله فرع لمسألة أخرى أن الجنانية الخطأ على الممالك عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله بمنزلة الجنانية على الأحرار ، حتى قالوا : لا يزداد موجبها على الدية ، وتتحملها العاقلة ، ثم فى الجنين الحر الغرة ، وذلك نصف عشر ديته إن كان ذكرًا ، وعشر ديته إن كان أنثى ، ففى جنين الأمة يجب بحساب ذلك من قيمته ؛ لأن القيمة فى الممالك بمنزلة الدية فى الأحرار .

وعند أبى يوسف : الجنانية فى الممالك بمنزلة الجنانية فى البهائم ، ومن ضرب بطن بهيمة ، وألقت جنينًا ميتًا ، فإنه لا يضمن فى الجنين شيئًا ، ويضمن نقصان الولادة ، فكذا هنا .

قد ذكرنا أن على قول أبى حنيفة ومحمد : يقوم الجنين بعد انفصاله ميتًا على لونه وهيئته لو كان حيًا ينظر كم قيمته بهذا المكان ، فإذا ظهر قيمة الكل بعد هذا إن كان ذكرًا يوجب نصف عشر قيمته ، وإن كان أنثى يجب عشر قيمته ، ولو ضاع الجنين ، ولم يمكننا تقويمه باعتبار لونه وهيئته على تقدير أنه حى ، ووقع التنازع فى قيمته بين الضارب وبين مولى الأمة المضروبة ، كان القول قول الضارب لإنكار الزيادة ، وهذا كمن قتل عبدًا خطأ لم يشاهده القاضى قبل قتله حتى عجز عن تقويمه باعتبار حاله وهيئته لو كان حيًا ، ووقعت المنازعة بين صاحب القتل والقاتل ، جعل القول قول القاتل مع اليمين ، كذا هنا .

فإن قيل : ربما لا يمكن الوقوف على ذكورة الجنين وأنوثته فماذا يجب ؟

قلنا : نأخذ بالمتيقن كمن قتل عبدًا خطأ والمقتول خنثى مشكل ، فإنه يجب المتيقن ،

كذا هنا .

فإن قيل : ربما ينفصل من غير رأس ، فلا يمكن تقويمه ؛ لأنه لا يوجد على هذا الوصف في السوق ؟

قلنا : في هذه الصورة لا يضمن شيئاً ؛ لأنه تبين أنه لم ينفخ فيه الروح ، والروح لا ينفخ من غير الرأس ، وإنما تجب القيمة على تقدير أنه نفخ فيه الروح .

ثم ما يجب في جنين الأمة يكون في مال الضارب ؛ لأن الوجوب على العاقلة بخلاف القياس بالنص ، والنص ورد بإيجاب الضمان على العاقلة في جنين الحرة ، فيرد جنين الأمة على أصل القياس .

١٩٥٦١ - وفي "المتقى" : إذا ضرب بطن أمة^(١) ، فألقت جنيناً حياً ، ومات وقد نقصها الولادة كان على الضارب قيمة الجنين في ماله حالة ، وإن كان فيها وفاء بنقصان الولادة ، فلا شيء عليه من نقصان الولادة ، وإن لم يكن فيها وفاء ، فعليه إتمام ذلك .

١٩٥٦٢ - وفيه أيضاً : رجل ضرب بطن جارية ، فألقت جنيناً ميتاً ، ومات الأم ، قال أبو حنيفة : على الضارب قيمة الأم في ثلاث سنين ، وأما إذا ضرب بطن امرأته وألقت جنيناً ميتاً ، فقد ذكر في "الجامع الصغير" على عاقلة الأب الغرة ؛ لأن الأب يساوى الأجنبي في سبب وجوب الغرة وهو القتل والضرب ، فيساوى في وجوب الغرة ، ولا يرث الأب منه ؛ لأنه باشر قتله ، والمباشر لا يرث وإن كان مخطئاً ، ولا كفارة على الأب ؛ لما ذكرنا .

١٩٥٦٣ - وفي "المتقى" : رجل ضرب بطن امرأته ، فألقت جنيناً حياً ، ثم مات ، ثم ألقت جنيناً ميتاً ، ثم ماتت الأم بعد ذلك ، وللرجل الضارب بنون من غير هذه المرأة ، وليس له ولد من هذه غير هذا الذي ولدت عند الضربة ، ولها إخوة من أمها ، وأبيها ، فعلى عاقلة الأب دية الولد الذي وقع حياً ، ثم مات ، يرث من ذلك أمه السدس ، وما بقي فلاخوة هذا الولد من أبيه ، وعلى الأب كفارتان : كفارة في الولد الواقع حياً ، وكفارة في أمه ، وأما الولد الذي سقط ميتاً ، فإن فيه غرة على عاقلة الأب خمسمائة ، ويكون للأم من ذلك السدس ، وما بقي ، فهو للولد الذي وقع حياً ، وترث الأم من ذلك

(١) هكذا في الأصل وظ ، وكان في ف وم : "امراة" .

السدس أيضاً متى ما ورث الابن الذى وقع حياً من غرة الابن الذى وقع ميتاً؛ لأن لها سدس جميع ما كان للابن الذى سقط حياً، ويصير ما ورث الأم من جميع ذلك لإخوتها، وإنما ورث الابن الحى من غرة الميت؛ لأن الغرة إنما وجبت بالضربة، وهو فى ذلك الوقت حى. ولو كان الرجل ضرب بطنها بالسيف عمداً، فقطع البطن، ووقع أحد الولدين حياً، وبه جراحة السيف، ثم مات، ووقع الآخر ميتاً، وبه جراحة السيف أيضاً، ثم ماتت الأم من ذلك، فعلى الرجل القود فى الأم، وعلى عاقلته دية الولد الحى، وغرة الجنين الميت؛ لأنه ضرب البطن، ولا يرى ولداً، فصار ذلك فى الولد خطأ، والميراث على ما وصفت لك فى المسألة الأولى - والله أعلم -.

١٩٥٦٤ - قال محمد رحمه الله فى "الجامع الصغير": إذا ضرب بطن أمة، ثم إن المولى أعتق ما فى بطنها، ثم إنها ألفت جنيئاً حياً، فمات، فعليه قيمته حياً، قال بعض مشايخنا: يريد بالقيمة الدية، وهذا لأن الضرب فى الحال حصل فى الأم، لا فى الجنين؛ لأنه لا يعرف كونه ضرباً فى الجنين ما لم يكن حياً، ولا يعرف كونه حياً إلا بعد الانفصال، وبعد الانفصال هو شخص على حدة، فلم يكن فعل الضرب جناية على الولد إلا بعد الانفصال حياً، وبعد الانفصال حياً، هو حرّ، فيضمن الدية.

وقال بعضهم: لا، بل المراد حقيقة القيمة؛ لأن الجناية قد تمت من الجانى وهو رقيق، فإنه يصير قاتلاً بالضرب السابق، لكنها لم يعتبر فى حق الجنين مقصوداً بعد الانفصال، فأشبه الرمى الذى بعد جناية من الرامى، ولم يعتبر فى حق الرمى إلا بعد الانفصال، وهناك إذا وجد العتق، ولم يعتبر فى قول أبى حنيفة، حتى وجب إثبات القيمة، كذا هنا، فإن كان هذا بالاتفاق صار هذا حجة لهما على محمد.

ثم اختلف المشايخ فيما بينهم: أن هذا الأرض لمن يكون منهم؟ من قال: يكون لورثة الجنين؛ لأنه وجب هذا بعد الانفصال، وبعد الانفصال كان حرّاً، ومنهم من يقول: يكون للمولى لأن بعد الانفصال صار جانيّاً بالضرب السابق، ووقت الضرب كان عبداً، فيكون للمولى.

١٩٥٦٥ - وفى "نوادير بشر" عن أبى يوسف: رجل أعتق ما فى بطن أمته، ثم ضرب رجل بطنها، فألفت جنيئاً ميتاً، وله أب حرّ، فعلى الضارب ما فى جنين الحرة،

وذلك الغرة، وهى للأب دون المولى.

١٩٥٦٦- وفى "نوادير ابن سماعه" عن أبى يوسف : رجل قال لأمتة الحبلى : أحد الولد الذين فى بطنك حر، ثم مات، فضرب إنسان بطنها، فألقت جنينين ميتين غلاماً وجارية، قال أبو يوسف : على الجانى نصف غرة، وذلك خمسمائة؛ لأن أحدهما حر، وعليه أيضاً فى الغلام ربع عشر قيمته لو كان حياً؛ لأنه فى حال حر، وفى حال عبد، فعلى الجانى فيه نصف ما يكون عليه فى الحر ونصف ما يكون فى العبد، فعليه نصف خمسمائة وربع عشر قيمته، وعليه فى الجارية نصف عشر قيمتها؛ لأنها فى حال حرة، وفى حال أمة.

١٩٥٦٧- وفى "المنتقى" : قال أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد : إذا ضرب الرجل بطن امرأته، فألقت جنيناً ميتاً، فلا كفارة عليه، ولا ترث منه، وإن ألقت جنيناً ميتاً قد استبان من خلقه شيء شعر أو ظفر، ثم ماتت هى من تلك الضربة، ثم ألقت جنيناً حياً، ومات، ففي الأول الغرة، وفى الأم الدية، وفى الجنين الثانى الدية كاملة.

١٩٥٦٨- قال فى "الزيادات" : رجل اشترى من آخر جارية، وقبضها، ثم إن المشتري وطئها، وحبلت منه، ثم إن الجارية ضربت بطن نفسها متعمدة أى متعمد إسقاط الجنين، وألقت جنيناً ميتاً، أو شربت من الدواء ما يوجب سقوط الولد متعمدة، أو وضعت فى قبلها ما يطرح به الولد، فأدخلته فى الرحم، فسقط الجنين ميتاً، ثم استحقها رجل بالينة، وقضى القاضى للمستحق بالجارية، والعقر على المشتري، يقول المشتري للمستحق : إن أمتك قتلت ولدها، وإنه ولد هذا الرجل، وإنه حر؛ لأنه ولد المغرور وولد الزوج والجنين مضمون بالغرة، فادفع أمتك، أو افدها بغرة الجنين الحر، وإنما شرط محمد التعمد فى فصل الجارية، وتفسيره أن يقصد إسقاط الجنين؛ لأنها ليست بمباشرة للإتلاف، بل هى مسببة إلى ذلك، والتسبيب إنما يوجب الضمان بوصف التعمد بشرط تعمد إسقاط الولد لتصير متعمدة فى التسبيب، وعلى هذه الحرة إذا فعلت ذلك بنفسها، كان على عاقلتها الغرة، ويشترط أن يكون متعمدة فى فعلها؛ لما ذكرنا، وهذا إذا فعلت بغير إذن الزوج وبغير إذن المولى، فإن فعلت ذلك بإذنها، فلا ضمان.

وسئل أبو القاسم عن امرأة شربت الدواء ، فألقت جنيناً ميتاً ، لا غرة عليها ، وتأويله إذا شربت دواء لا يوجب سقوط الولد ، وإن كان يوجب سقوط الولد لا تتعمد هي ذلك .

وقال أبو بكر في عين هذه الصورة : إنها إذا أسقطت سقطاً ، فليس عليها إلا التوبة والاستغفار ، وإن كان جنيناً ، فعليها غرة ، وتأويله إذا شربت دواء ، يوجب سقوط الولد ، وتعمدت ذلك .

وفي "فتاوى أبي الليث" : في امرأة شربت دواء ، فألقت ، أو حملت حملاً ثقيلاً ، فألقت جنيناً ميتاً ، إن على عاقلتها خمسمائة وضح^(١) في سنة واحدة لو ارث الحمل لما كان أو غيره ، وإن لم يكن لها عاقلة ، ففي مالها في سنة ، قال أبو يوسف بن عيسى : وتأويله ما ذكرنا .

وفي "المنتقى" : رواية مجهولة : امرأة شربت دواء ، فأسقطت ، وكان شربته لغير ذلك يعنى بغير إسقاط الولد ، فعليها الغرة ، ولا كفارة عليها في قول أبي حنيفة ومحمد ، ولا ترثه ، وقال بعضهم : عليها الكفارة ، هذا الجواب خلاف جواب "الزيادات" .

وفي "فتاوى النسفى" : سئل عن مختلعة وهي حامل احتالت لإسقاط العدة بإسقاط الولد ، قال : إن سقطت بفعلها ، وجب عليها غرة ، ويكون ذلك للزوج .

وفي "العيون" : إذا ضرب بطن امرأة حامل ، فأصاب يد الولد في بطنها ، فقطعها ، ثم ولدته حياً ، فنصف الدية على عاقلته ؛ لأنه خطأ .

١٩٥٦٩- وإذا اشترى أمة حاملاً ، فلم يقبضها حتى أعتق ما في بطنها ، ثم ضرب إنسان بطنها ، فألقت جنيناً ميتاً ، خير المشتري ، إن شاء ، أخذ الأمة بجميع الثمن ، وأتبع الجاني بأرش الجنين أرش حرّ ، ويطيّب له الفضل ؛ لأن الجناية بعد العتق ، والعتق قبض ، وإن شاء فسخ البيع في الأمة ، ولزمه الولد بحصة من الثمن ؛ لأنه الجارية ، انتقصت في يد البائع ، ولو كان للجنين أب حرّ ، أو وارث آخر مقدم على مولى العتاقة ، فأرش الجنين له في الوجهين ، ولا شيء للمشتري .

(١) في الأصل : درهم .

الفصل السادس والعشرون

فى مسائل الضرب والأمر به

١٩٥٧٠- الأب إذا ضربه ابنه الصغير تأديباً، فعطب من ذلك، ينظر إن ضربه بحيث لا يضرب للتأديب، أو حيث يضرب، ولكن فوق ما يضرب للتأديب، فإنه يضمن الدية، وعليه الكفارة، وإن ضربه حيث يضرب للتأديب مثل ما يضرب للتأديب، فعليه الدية والكفارة عند أبى حنيفة، وقال أبو يوسف ومحمد: لا شيء عليه، وفى "نوادير بشر" عن أبى يوسف: أن عليه الكفارة.

وعلى هذا الخلاف الوصى إذا ضرب الصغير تأديباً. الزوج إذا ضرب زوجته حيث يضرب للتأديب مثل ما يضرب له حال نشوزها، ضمن بالإجماع.

والأب أو الوصى إذا سلم الصغير إلى معلّم يعلم له القرآن، أو عملاً آخر، فضربه المعلّم للتعليم، إن ضربه بإذن الأب حيث يضرب مثل ما يضرب للتعليم، فلا ضمان، لا على المعلّم، ولا على الأب، أو الوصى، وفى "المنتقى" عن أبى حنيفة وأبى يوسف: أن عليه الكفارة، وإن ضربه حيث لا يضرب، أو فوق ما يضرب للتعليم، فالمعلّم ضامن.

أما الكلام فى المعلّم إذا ضرب بإذن الأب أو الوصى، فإنما لا يجب الضمان على المعلّم، لأن المعلّم معين الأب فى الضرب، بيانه: أن اللأب ولاية ضرب الصغير تأديباً ورياضةً شرعاً، فيملك الاستعانة بغيره فى ذلك.

قلنا: وأمكن جعل أمر الأب المعلّم استعانة، وجعل المعلّم معيناً للأب فى ذلك؛ لأن منفعة هذا الضرب لا يحصل للمعلّم بوجه من الوجوه، وإنما يحصل الولد، وهذا هو حدّ الإعانة أن يعمل الإنسان لغيره عملاً بأمره يعود منفعته إلى الأمر، فجعلنا المعلّم معيناً من هذا الوجه، والمعين لا يضمن بحال، فلا يجب الضمان على الأب، والوصى جميعاً أيضاً بخلاف ما إذا ضرب حيث لا يضرب، أو فوق ما يضرب للتعليم؛ لأن فعل المعلم فى هذه الصورة لم يصر منقولاً إلى الأب والوصى؛ لأن فعل الإنسان بأمر الغير

إنما ينتقل إلى ذلك الغير بقدر ما صح الأمر، وإنما يصح الأمر من الأب بقدر ما للأب، والذي للأب أصل الضرب لا الضرب المؤدى إلى التلف.

وأما الكلام في الأب والوصى: فوجه قولهما: إن الأب في هذا الضرب معين، بيانه: أنه أمر بالضرب شرعاً لمنفعة تعود إلى الصغير وهو إصلاحه، فإن منفعة صلاح الصغير تعود إلى الصغير ديناً ودنياً، وهذا هو حد الإعانة في الفعل، فصار نظير المعلم، بخلاف الزوج إذا ضرب زوجته على قولهما؛ لأنه مأذون بضرب المرأة لاستيفاء حقه، فإن منفعة ترك النشوز عائدة على الزوج، والأمر بالضرب شرعاً لاستيفاء الضارب حقه، يجوز أن يتقيد بشرط السلامة كالأمر بالرمل إلى الصيد.

فوجه قول أبى حنيفة: وهو الفرق بين المعلم وبين الأب، أن المعلم معين في الضرب على ما مر، فأما الأب فهو ليس بمعين، بل هو مستوفٍ حقه؛ لأن منفعة ضرب الصغير، وهى صلاح الصغير يعود إلى أب الصغير، وما يحصل للولد من المنفعة، فهو كالحاصل به للأب بحكم البعضية. قلنا: واستيفاء الإنسان حقه يتقيد بشرط السلامة كما في فصل الزوجة، ثم جعل الأب ضامناً بضرب نفسه، ولم نجعله ضامناً بأمر المعلم إياه بالضرب؛ لأن الأب في الضرب بنفسه مباشر، والمباشر يجوز أن يضمن، وإن لم يكن متعدداً في المباشرة كما في ضرب الزوج زوجته، فأما الأب في الأمر مسبب، وليس بمباشر، والمسبب إنما يضمن إذا كان متعدداً في التسبب، أما إذا لم يكن متعدداً، فلا يضمن. قلنا: والأب في أمر المعلم بضرب الصغير ليس بمتعدداً؛ لأن للأب ولاية ضرب الصغير لإصلاح الصغير، فلهذا افترقا.

قال هشام في "نواذره" عقيب مسألة المعلم: قلت لمحمد: إن لم يكن الأب؟ قال: له في أمر الضرب شيئاً، قال: يضمن المعلم، ورأيت في بعض النسخ أن الأب إذا ضرب الصغير، إنما يضمن على قول أبى حنيفة: إذا كان الأب ضربه للتأديب، أما إذا كان ضربه لتعلم القرآن لا يضمن كالمعلم، فإذا لا فرق بين ضرب المعلم بإذن الأب، وبين ضرب الأب إذا كان الضرب للتعليم.

وذكر شمس الأئمة الحلواني في شرح كتاب الإجازات: أن في ضرب الأب ابنه وفي ضرب الزوج زوجته روايتان عن محمد: في رواية: يضمن، وفي رواية: لا

يضمن، وأما الوالدة إذا ضربت ولدها الصغير للتأديب، فلا شك أنها تضمن على قول أبى حنيفة .

وقد اختلف فيه المشايخ على قولهما: بعضهم قالوا: لا تضمن؛ لأن للأم ولاية تأديب الصغير كما للأب، وبعضهم قالوا: هي ضامنة؛ لأن الضرب تصرف في النفس، وليس لها ولاية التصرف في النفس أصلاً .

وفى "كتاب العلل": للزوج أن يضرب امرأته ليعيدها إلى مضجعه، وإذا ماتت من ضربه ضمن. وفيه ليس للزوج أن يضرب امرأته على ترك الصلوات، وللأب أن يضرب ابنه على ترك الصلاة، وذكر في كتاب الفرائض في باب ميراث القاتل مسألة الأب إذا ضرب ولده للتأديب على الخلاف الذي ذكرنا، وذكر مسألة المعلم إذ ضرب الصغير بإذن الأب على الاتفاق على نحو ما ذكرنا، قال محمد ثمة: وهذا عندنا من أبى حنيفة ترك لقوله، قيل: هذا من محمد دعوى المناقضة على أبى حنيفة، ووجهه أن إذن الأب لما أثر في إسقاط الضمان عن المعلم، ففعل الأب بنفسه كيف يوجب الضمان على الأب، وحال الأب أقوى من حال المعلم، وذكر الناطقى في كتابه: ما يصلح جواباً عن هذا، ولم يذكر الناطقى هذا الدعوى في كتابه، والذي ذكره الناطقى: أن الإنسان قد يستفيد أمراً من جهة غيره، ثم يكون حاله أقوى من حال ذلك الغير كالمعلم والأب والوصى هنا، وكذلك الأب لا يبيع مال ولده الكبير، ووصى الأب يملك ذلك .

وقيل: هذا من محمد استدلال على رجوع أبى حنيفة عن قوله في فصل الأب، ووجهه أن إذن الأب لما أثر في سقوط الضمان، ففعل الأب في نفسه أولى أن يؤثر في منع الضمان، وإليه مال شمس الأئمة السرخسى، فقد ذكر في "شرحه": أن أبا حنيفة رجع إلى قولهما، قال: هو الصحيح .

١٩٥٧١- وفى "العيون": إذا قال لرجلين: اضربا مملوكى هذا مائة سوط، فليس لأحدهما أن يضربه المائة كلها، فإذا ضربه أحدهما تسعة وتسعين، ففي القياس يضمن ضارب الأكثر، وفي الاستحسان: لا يضمن؛ لأنه وجد الضرب منهما، وهو نظير ما لو قال لامرأتين له: إن أكلتما هذا الخبز، فأتتما طالقتان، فأكلتاه، طلقتا، وإن أكلت إحداهما عامة الخبز، والأخرى بعضه .

الفصل السابع والعشرون

فى مسائل البزاع والفساد والحجام والختان ومن أشبههم

١٩٥٧٢- البزاع والفساد والحجام إذا بزغ، أو فصد، أو حجم، وكان ذلك بإذن المولى فى العبد، وبإذن المولى فى الصبى، وسرى إلى النفس ومات، فلا ضمان عليهم، وكذا الختان على هذا، فهو لاء لا يضمنون السراية بلا خلاف، وإنما كان كذلك لأن هذه الأفعال حصلت بإذن من يلى الإذن به، وفعل المأذون فيما وافق إذن الآذن ينتقل إلى الآذن، فكأن المالك فعل بنفسه أو الأب فعل بنفسه، وهناك لا يجب عليه ضمان السراية، فكذا هنا، وإذا شرط السلامة عن السراية إلى هؤلاء لا يصح الشرط؛ لأنه ليس فى وسعة التحرز عن السراية، ولو شرط على الفساد السلامة عن الخوف، صح؛ لأن فى وسعه التحرز عنه ذكره شيخ الإسلام فى باب ما يضمن الأجير.

وإذا قال لغيره: اقطع يدي، فقطع وسرى إلى النفس ومات فلا ضمان على القطع؛ لأن القطع قد حصل بإذن من يلى القطع، وقد وافقه المأذون فيه، فانتقل القطع إلى الآذن، وصار كأن الآذن قطع يده بنفسه.

١٩٥٧٣- وإذا قطع الختان بعض الحشفة فى العبد أو فى الصبى، فعليه حكومة عدل، وإن قطع الحشفة كلها، فإن برئ، فعليه فى العبد كمال القيمة، وفى الصبى كمال الدية، وإن مات، ففيه نصف الدية فى الصبى ونصف القيمة فى العبد؛ لأنه إذا مات، فالتلف حصل بفعلين: أحدهما: مأذون فيه، وهو قطع الجلد. والثانى: غير مأذون فيه، وهو قطع الحشفة، فيجب نصف الضمان، أما إذا برئ فقطع الجلد مأذون فيه، فجعل كأن لم يقطع الحشفة، غير مأذون فيه، فوجب ضمان الحشفة كاملاً وهو الدية.

فإن قيل: قطع الحشفة أفضى إلى التلف، فقطع الجلد بدليل مشروعية قطع الجلد، فلا يستوى بينهما كما فى قطع الطرف مع جزء الرقبة.

قلنا: عنه جوابان: أحدهما: ممنوع إن قطع الحشفة أفضى، والتفاوت في المشروعية لتعلق المصلحة بقطع الجلد دون الحشفة، ألا ترى أن حد الجلد أوفر منها ليس بمشروع، وقطعها مشروع، وإن كان قطعها أفضى إلى التلف، الثانى: أنهما جنس واحد بمعنى أن كل واحد منهما ليس إتلافاً قطعاً، والتفاوت بين مثل هذين غير معتبر؛ لأنه لا يمكن ضبطه^(١) بخلاف الجزء مع قطع الطرف؛ لأن الجزء إتلاف قطعى، وقطع الطرف محتمل، فاختلفا جنساً، فلا يسوى بينهما، والتفاوت بين مثل هذا.

فإن قيل: لو قطع رجل يد غيره من الرسغ، ثم جاء آخر، وقطع من المرفق، ومات يجب القصاص أو الدية عندكم على الثانى، وعلى ما ذكرتم يجب أن يكون عليهما.

قلنا: الفعلان وإن تجانسا فيما ذكرنا، فإنما يسوى بينهما إذا لم يفرق الثانى محل الأول، لو قطع أحدهما يده، والآخر رجله أو يده الأخرى، أما إذا فوت الثانى محل الأول، كما قد^(٢) ذكرتم من الصورة، فلا؛ لأن الأول يفوت بفوات محله، فصار كفواته معنى بالبرء، بل أولى؛ لأن البرء يحتمل الانتقاض وفوات المحل، وإذا فات الفعل الأول بالثانى لم يبق للأول عبرة كما لو برئ الأول، وأضيف التلف إلى الثانى، فوجب ضمانه إلى فاعل الفعل الثانى، بخلاف ما إذا لم يفت الأول بالثانى، وهنا قطع الجلد، وقطع الحشفة لا يفوت محل أحدهما بالثانى، فيبقى الأول ومع الثانى، فأمكن اعتبارهما، فيعتبر كل واحد منهما، وكذا كل جزء حين لا يفوت محل أحدهما بالآخر، فهما يعتبران جميعاً.

(١) هكذا فى م وف وظ، وكان فى الأصل: "قطعه".

(٢) هكذا فى الأصل، وكان فى غيرها "كما فيما ذكرتم".

الفصل الثامن والعشرون

فى المتفرقات

١٩٥٧٤- رجل قطع يد رجل عمداً، ثم إن المقطوعة يده قتل ابن القاطع، ثم مات المقطوعة يده، فعلى قاطع اليد دية اليد وبطل دم ابنه؛ لأن قاتله قد مات، فى "المنتقى": وفيه أيضاً: رجل قتل عمداً وله أخ معروف، فأقر أخوه بابن للمقتول، وادعى ذلك الابن وهو كبير، كان للمقر له القود، قال أبو الفضل: هذا الجواب خلاف ما فى "الأصل".

١٩٥٧٥- وفى "نوادير هشام" عن أبى يوسف: رجل قتل، فجاء رجل، وادعى أنه عبده، وأقام البيّنة، وشهد الشهود أنه كان عبده، فأعتقه وهو حر اليوم، فإن كان له وارث قضيت لوارثه بالقصاص فى العمد، وبالدية فى الخطأ، وإن لم يكن له وارث، فلمولاه قيمته فى العمد والخطأ؛ لأنه يقول فى الخطأ: لى القيمة، وفى العمد يقول: هو عبد والشهود شهدوا أنه حر، فقد دخلت شبهة.

١٩٥٧٦- فى "نوادير ابن سماعه": قال: سمعت أبا يوسف رجل فى يديه صبى صغير قطع يد الصغير عمداً، ثم قال القاطع للذى فى يديه: هو عبدك، وقال الذى فى يده الصبى: هو ابنى، فلا أصدقه على أنه ابنه، ولا أقضى له، ولو قال القاطع: هو حر إلا أنه ليس بابنك، وقال صاحب اليد: هو ابنى، فإنى أقتص له؛ لأنه يصدق على أنه ابنه، وقد أقر القاطع أن عليه القصاص له، فإن مات من الجناية، ثم قال الجانى: هو حر، وليس بابنك، قال الذى فى يده: هو ابنى لا أصدقه على ذلك.

فإن قال القاطع بعد موته من الجناية: هو عبدك، وقال الذى كان فى يده: هو ابنى لا أصدقه، وقال محمد: إذا قال الجانى: هو عبدك، وقال الذى كان فى يده: هو ابنى، وقال: هذه المقالة قبل موت المجنى عليه، فعلى الجانى القود؛ لأنه لا يخلو من القصاص عبداً كان له أو ابنه.

١٩٥٧٧- وفى "المنتقى" : رجل جرح ، فقال : فلان قتلنى ، ثم مات ، فأقام وارثه بينة على رجل آخر أنه قتله لا تقبل بينته ؛ لأن هذا حق أبيه ، وقد أكذبه بقوله : فلان قتلنى ، وذكر بعد هذه المسألة بمسألتين عن أبى يوسف رجل جرح ، فقال : فلان جرحنى ، فأقام ابن له بينة على ابن له آخر أنه جرحه خطأ ، فإنى أقبل البينة على الابن ؛ لأننا نحرمة عن الميراث بذلك ، فلما أجزنا ذلك فى الميراث ، جعلنا الدية على عاقلته .

١٩٥٧٨- قال هشام : سمعت محمداً يقول : فى رجل أدخل نائماً أو مغمى عليه فى بيته ، فسقط البيت عليه ، قال : لا يضمن إلا فى المعتوه والصبى .

١٩٥٧٩- وفى "المنتقى" : رجل فقأ عيني عبد ، وقطع الآخر رجله أو يده فبرئ ، وكانت الجناية منهما معاً ، فعليهما قيمته أثلاثاً ، وياخذان العبد ، فيكون بينهما على قدر ذلك ، فكذلك كل جراحة كانت من اثنين معاً ، جراحة هذا فى عضو ، وجراحة الآخر فى عضو ليستغرق ذلك القيمة كلها ، فإنه يدفعه إليهما ، ويغرمان قيمته على قدر أرش جراحتهما ، ويكون بينهما على ذلك وإن مات منهما ، والجراحة خطأ ، فعلى كل واحد منهما أرش جراحته على حدة من قيمة عبد صحيح وما بقى ، فعليهما نصفان .

وإن علم أن أحد الجراحين قبل الأخرى ، وقد مات منهما ، فعلى الجراح الأول أرش جراحته من قيمته صحيحاً ، وعلى الجراح الثانى أرش جراحته من قيمته مجروح الجراحة الأولى ، وما بقى من قيمته ، فعليهما نصفان ، فإن برئ منهما ، والجراحة الأخيرة تستغرق بالقيمة والجراحة الأولى لا تستغرق ، فعلى الأول أرش جراحته وعلى الثانى قيمة مجروح جرح الأول ، ويدفعه العبد إليه ، ولو كانت الجراحة الأولى هى التى تستغرق القيمة ، فعلى الجراح الثانى أرش جراحته ؛ لأنه لا يدفع إليه ، وقد حدث فيه ما حدث .

١٩٥٨٠- إذا جرح رجل رجلاً جراحة ، يعلم أنه لا يعيش أكثر مما يعيش منها ، إلا أنه يعلم أنه يعيش أكثر مما يعيش المذبوح بعد الذبح ، فجاء آخر وجز رقبتة ذكر القاضى الإمام على السغدى فى "شرح السير الكبير" : أن القصاص على الثانى ، وذكر شيخ الإسلام خواهر زاده فى "شرح السير" : أن فيه اختلاف المشايخ : بعضهم قالوا : يجب القصاص على الجاز ، وهكذا ذكر فى بعض روايات "النوادر" ، وبعضهم قالوا :

لا قصاص على واحد منهما، ويجب الدية على الثانى، وهذا لأن فعل الأول قتل، ألا ترى أنه ترهق به الروح، وإن انعدم الثانى، فيصير شبهة فى إضافة القتل إلى الجز، والقصاص لا يجب مع الشبهات، أما المال يجب مع الشبهات، فأجبنا الدية على الثانى، ولم يوجب القصاص على واحد منهما لهذا.

١٩٥٨١- من أمسك رجلاً حتى جاء آخر، وقتله عمداً أو خطأ، فلا شيء على الممسك عندنا، وعلى القاتل القصاص فى العمد والدية فى الخطأ، وهى مسألة كتاب الديات، وعلى هذا من أمسك رجلاً حتى جاء آخر، وأخذ دراهمه، فضمن الدراهم على الآخذ عندنا لا على الممسك.

١٩٥٨٢- وفى "الجامع الصغير": رجل دفع امرأة بكراً أجنبية^(١) فسقطت، فذهبت عذرتها، فعليه مهر المثل فى ماله والتعذير، قال: ولا فرق بين الصغيرة والكبيرة، ولو دفع امرأته، ولم يدخل بها، فذهبت عذرتها، ثم طلقها، فعليه نصف المهر، وهذا قول أبى حنيفة، وإحدى الروایتين عن أبى يوسف، وعند محمد: وإحدى الروایتين عن أبى يوسف: عليه جميع المهر.

وحكى عن الفقيه الإمام الزاهد أبى حفص والفقيه أبى نصر الدبوسى: أن من دفع امرأة غيره، فذهبت عذرتها، قال محمد: عليه صداق مثلها، وفى غصب "العيون": جارية دفعت جارية أخرى، فذهبت عذرتها، قال محمد: عليه صداق مثلها، قال: بلغنا عن عمر رضى الله عنه فى جاريتين، فدافعا فى حمام، فذهبت عذرة إحداهما، تضمن الأخرى صداق مثلها، والمسألة صارت واقعة الفتوى ببخارى وسمرقند.

١٩٥٨٣- ابن سماعة عن محمد: حر معه سيف وعبد معه عصا، فالتقيا وضرب كل واحد منهما صاحبه حتى قتله، وماتا، ولا يدرى أيهما بدأ بالضرب، فليس على ورثة الحر، ولا على مولى العبد شيء من قبل أن الحر إذا كان بدأ، فقد وجب عليه القصاص، وقد قتله العبد، وقد كان على مولى العبد دفعه؛ ليقته لولى الحر، وقد قتله الحر، وإن كان العبد هو الذى بدأ بالضرب، فقد قتله الحر، فلا شيء لورثة الحر؛ لأن الجانى على أبيهم قد قتل، ولا شيء على ورثة الحر من جناية أبيهم على العبد؛ لأن

(١) وفى ظ "أجنيبتين".

أباهم قد قتله، وكان عليه القصاص، فذلك هدر.

وإن كان السيف بيد العبد والعصا بيد الحر، فعلى عاقلة الحر نصف قيمة العبد، ولا شيء لورثة الحر على مولى العبد من قبل أن العبد إن كان هو البادئ، فقد وجب القصاص وقد قتله الحر، فلا شيء على الحر، ولا شيء لمولى العبد فى هذا الوجه، وإن كان الحر هو البادئ، فقد وجب قيمة العبد على عاقلة الحر، فلما ضربه العبد بعد ذلك بالسيف، فقد قتله، ووجب على العبد القصاص، فلما مات العبد من ضرب الحر بطل حق ورثة الحر، فعلى عاقلة^(١) الحر قيمة العبد فى حال، ولا شيء فى حال، فكان عليهم نصف قيمة العبد.

وإن كان بيد كل واحد منهم عصا، وضرب كل واحد منهما صاحبه، وشججه موضحة، ثم ماتا، ولا يدري من الذى بدأ بالضرب، فعلى عاقلة الحر قيمة العبد صحيحاً لمولاه، ثم يقال لمولاه: ادفع من ذلك قيمة الشجة إلى ولى الحر؛ لأن وجوب ذلك المقدار لهم ييقن، وله أيضاً: نصف عشر قيمة العبد صحيحاً، وليس له إن كان الحر هو الذى البادئ، فله نصف ذلك، وهذا استحسان، والقياس أن لا يكون له شيء منه، حتى يعلم أنه له.

١٩٥٨٤- بشر بن الوليد عن أبى يوسف: فى رجلين ضرب كل واحد منهما صاحبه هذا بالسيف، وهذا معه عصا فماتا، ولا يدري أيهما بدأ قال: على صاحب العصا نصف دية صاحب السيف على قاتله، وليس على صاحب العصا شيء؛ لأنه كان له القود، وقد بطل ذلك حين مات الآخر.

١٩٥٨٥- وإذا جرح الرجل عمداً بالسيف، فأشهد المجروح على نفسه أن فلاناً لم يجرحه، ثم مات المجروح من ذلك، فهذا على وجهين: إما أن يكون جراحة فلان معروفة عند الناس والقاضى، أو لم يكن، فإن كانت معروفة عند القاضى والناس، فهذا الإشهاد منه لا يصح؛ لأن الإشهاد منه حصل على ما هو كذب بيقين، فإن إقراره أن فلاناً لم يجرحه، وفلاناً قد جرحه كذب بيقين، والكذب مما لا يتعلق به حكم، فصار وجوده والمعدوم بمنزلة.

(١) هكذا فى الأصل وظ، وكان فى ف وم: "فعلى ورثة الحر".

فإن قيل : يجب أن يكون جحود الجراحة كناية عن الإبراء ، حتى لا يلغو كما يجعل جحود المتبائعين للبيع كناية عن الفسخ كيلا يلغو .

قلنا : جحود السبب إنما يجعل كناية عن الفسخ في موضع ، كان السبب قابلا للفسخ ، فإن جحود العقد في الماضي والمستقبل جميعاً ، والفسخ ينفي العقد في المستقبل إن كان لا ينفيه في الماضي ، ففي مثل هذا الموضع جحود السبب يجعل كناية عن الفسخ ، وذلك نظير البيع وسائر العقود القابلة للفسخ ، فأما إذا لم يكن السبب قابلا للفسخ ، فإن جحوده^(١) لا يجعل كناية عن الفسخ عن إسقاطه كتجاحد الزوجين في باب النكاح لما تعذر أن يجعل كناية عن الفسخ ؛ لأنه يقبل الفسخ بتراضيهما ، لم يجعل كناية عن الطلاق الذي هو إسقاط النكاح . قلنا : والجراحة بعد وقوعها لا تقبل الفسخ كالنكاح ، فلا يجعل كناية عن استيفاءها ؛ لأن نفي الجراحة استيفاء لها ، ولا يجعل كناية عن الإبراء الذي سقط الدين ؛ لأن نفي الجراحة لو تحقق لا يكون سبباً لسقوط الواجب بالجراحة ؛ لأن ما يجب بالجراحة لا يجب من غير الجراحة .

وإن لم يكن جراحة فلان معروفة عند القاضى ، وعند الناس كان إقراره أن فلاناً لم يجرحه محتملاً للصدق ، فيجعله صدقاً ، وكان المقذوف إذا أقر أن فلاناً لم يقذفه ، ولم يكن قذف فلان معلوماً عند القاضى ، يجعل إقراره صدقاً ، كذا هنا .

١٩٥٨٦- قال محمد في "الأصل" : رجل ضرب رجلاً مائة سوط ، برئ من تسعين ، ومات من عشرة ، فعليه الدية لا غير ، يريد به إذا جرحه الأسواط ، وهذا لأنه ما برئ من التسعين صارت تلك الأسواط ملحقمة بالعدم ، فصار كأنه لم يضربه إلا عشرة الأسواط ، وهناك يجب الدية لا غير ، كذا هنا ، وهذا جواب أبى حنيفة في كل جراحة اندملت ، وعن أبى يوسف : أنه يجب في هذا حكومة العدل ، وعن محمد : أنه يجب ثمن الأدوية وأجرة الطبيب .

قال الفقيه أبو الليث : ما ذكر من الجواب في الكتاب : أنه يجب الدية لا غير جواب ما إذا برئ من التسعين ، ولم يبق لها أثر ، أما إذا بقي لها أثر : ينبغى أن يجب أرش الضرب ، وذلك حكومة عدل بالأسواط التي برئ منها ، وتجب الدية بالقتل

بالعشرة الأسواط ، وقد ذكرنا في صدر الكتاب فيما إذا لم يبقَ للجراحة أثر خلافاً بين أبي يوسف ومحمد ، وإن لم يجرحه الشياط ، فلا شيء سوى الدية .

١٩٥٨٧- وفي "فتاوى أبي الليث" : رجل دخل على رجل ، فأذن له في الجلوس على وسادة ، فجلس عليها ، فإذا تحتها قارورة وفيها دهن لا يعلم ، فاندقت ، وذهب الدهن ، ضمن الجالس الدهن ، وما تخرق من الوسادة وفسد ؛ لأن ذلك من جلوسه ، ولو كانت القارورة تحت مُلأة وقد غطاها ، فأذن له بالجلوس عليها ، فلا ضمان على الجالس ، وإن كان أذن له بالجلوس على سطح ، فانخسف به ، فوقع على مملوك الآذن ، ضمن .

قال الفقيه أبو الليث : قال بعض مشايخنا : لا ضمان على الجالس في الوسادة كما في المُلأة ، قال : وهو أقرب إلى القياس ، وبه نأخذ ؛ لأن الوسادة لا تمسك الجالس كالمُلأة بخلاف السطح .

وفي إجازة القدوري : إذا ادعى الرجل قوماً إلى منزلة ، فمشوا على سباط ، أو جلسوا على وسادة ، فتخرق لم يضمنوا ، ولو كان متقلداً سيفاً ، فخرق السيف الوسادة لم يضمن .

١٩٥٨٨- في "الجامع الصغير" عن محمد : فيمن اجتمع عليه الصبيان والمجانين يريدون قتله ، ولا يقدر على دفعهم إلا بالقتل ، قال : ليس له أن يقتلهم ، قال عمر بن سفيان : قلت لمحمد : إن القاضي أبا مطيع يقوله : له أن يأتي على أنفسهم بالدفع عن نفسه ، قال عمرو : فرأى محمد في الطواف ، فقال : يا خراساني ! القول ما قال صاحبكم ، كذا حكى عنه محمد ابن سلمة ، وعن أبي نصر بن سلام قال : سأل المعلی بن منصور محمداً عن المجنون أو الصغير إذا قصد قتل رجل فقتله ، قال : إنه ضامن ، قال المعلی : قلت لمحمد : إن صاحبنا يقول : لا ضمان ، وعنى به أبا مطيع ، قال المعلی : كنت في الطواف إذا أنا بناخس ينخس فالتفت ، فإذا محمد ابن الحسن قال : يا خراساني ! القول ما قال صاحبكم ، قال الشيخ : وبه يفتى ؛ لأنه لا حيلة له غيره .

وكان نصير يفتى بالضمنان في الصبي والمجنون والبهيمة ، إذا قتله الرجل دافعاً ،

وكان الفقيه أبو بكر يفتى بعدم الضمان ؛ لأنه لا حيلة له غيره^(١) ، قال الفقيه أبو الليث : هذا القول خلاف ما قاله في الراويات الظاهرة .

١٩٥٨٩- وفي الفتاوى : جاء رجل من خلف سائر ، فصدمه الجاني ، فعطب الجاني ، فلا ضمان على السائر ، ولو عطب السائر ، فضمانه على من خلفه .

١٩٥٩٠- وفي " الجامع الأصغر " : قال أبو نصر الدبوسى فيمن قطع يد عبده ، أو قتله : إن عليه التعزير .

١٩٥٩١- وفي الفتاوى عن خلف قال : سألت أسد بن عمر عن ضرب آخرأ بيده أو برجله ، ومات منه ، قال : هذا شبه العمد . وقال الحسن : كذلك إذا لجّ في الضرب حتى مات ، فأما إذا ضربه بأجرة لا يخاف عن مثلها الموت مع هذا مات ، فهو خطأ ، قال أبو الليث الكبير : قول أسد أحب إلى .

١٩٥٩٢- وفي " المنتقى " : عن محمد قال : فى رجل قصد أن يضرب آخرأ بالسيف ، فأخذ المضروب السيف بيده ، فجذب صاحب السيف السيف من يده ، فقطع السيف أصابع الآخر قال : إن كان من غير المفاصل^(٢) ، فعلى الجاذب الدية ، وإن كان من المفاصل ، فعليه القصاص .

١٩٥٩٣- وفي " المنتقى " : رجل قتل عمداً ، وله ابنان وامرأة ، فعفت المرأة عن الدم ، ثم إن أحد الابنين قتل القاتل ، وهو يعلم بالعفو ، فعليه الدية فى ماله فى ثلاث سنين ، يرفع عنه من ذلك ما كان له على قاتل الأب .

١٩٥٩٤- روى الحسن بن مالك عن أبى يوسف عن أبى حنيفة : رجل قتل عبد رجل عمداً ، فقال له السيد : أبرأتك عن عبدى لا يكون مبرئاً له عن قيمته وعليه القيمة ؛ لأن العبد ليس عليه عبد قتل مولاه عمداً ، فلا رواية لهذه المسألة فى الكتب الظاهرة .

قال الفقيه أبو جعفر : وينبغى أن يقتل إخوان لأب وأم قتل أحدهما أباه عمداً ، وقتل الآخر الأم عمداً ، فلأول أن يقتل الثانى بالأمر ، ويسقط القصاص عن الآخر ؛ لأن

(١) زيد من بقية النسخ .

(٢) هكذا فى الأصل ، وكان فى ف : " من المفاصل " .

الأول لما قتل الأب صار القصاص موروثاً بين الابن الآخر وبين المرأة، للأم من ذلك الثمن، فإذا قتل الآخر الأم صار الثمن الذى ورثته الأم من الأب ميراثاً للأول، فيسقط ضرورة.

١٩٥٩٥- وإذا جنى على عبد إنسان، ثم دبره مولاه لا تهدر السراية، بل تكون السراية مضمونة على الجانى؛ لأنها تجب لمن وجد ابتداء الجناية على ملكه وهو المولى، وكان المستحق لأصل الجناية والسراية واحد، فأما بعد العتق والكتابة لا يمكن ضمان إيجاب السراية؛ لأنها لو وجبت إما أن تجب للمكاتب والمعق، أو للمولى، لا وجه إلى الأول؛ لأن ابتداء الجناية لم يكن على حصتهما، والسراية تتبع للبداية، ولا وجه إلى الثانى؛ لأن السراية حصلت، والمجنى عليه زائل عن ملك المولى حقيقة بالإعتاق، وحكمًا بالكتابة، ولهذا لو وجد ابتداء الجناية فى هذه الحالة كان موجبها للمعتق^(١) والمكاتب، وإذا هدر إيجاب موجب السراية، هدرت بطريق الضرورة.

١٩٥٩٦- وإذا جنى على مكاتب إنسان، ثم أدى المكاتب، فعتق، ثم مات المكاتب من تلك الجناية، كان على الجانى قيمة المكاتب لا الدية، وإن مات حرًا؛ لأن أصل الجناية أوجبت القيمة لمصادفتها الرقيق، والسراية تتبع للجناية؛ لأنه من آثارها، فلا يختلف موجب الأصل باعتبار التبعية.

١٩٥٩٧- جناية الإنسان على مكاتب نفسه تجب فى مال الجانى، ولا تجب على عاقلته، صارت نفساً، واقتصرت على ما دون النفس، والجناية على مكاتب الغير متى صارت نفساً تجب فى مال الجانى كما فى القن.

إعتاق المكاتب مما لا يقطع سراية الجناية الحاصلة فى حال الكتابة إعتاق العبد المدبر وكتابتها تقطع.

قال فى "المنتقى": رجل شهد له رجلان على رجل أنه قتل ابن هذا فلان، وشهد آخر أن لهذا الرجل على هذا الرجل أيضاً: أنه قتل ابن هذا فلان سمياً ابناً آخر له غير الذى سمياه للأول، فزكى الفريق الأول، ولم يزك الفريق الثانى، فدفع المشهود عليه إلى المشهود له ليقتله، فقال المشهود له: أنا أقتلك بابنى الذى لم يزك الشهود على

(١) وفى م: "للعق".

قتله، ولا أقتلك بابني^(١) الذي زكى الشهود على قتله^(٢)، ثم قتله، فلا شئ عليه، ولو قال : ما قتلت بابني^(٣) الذي زكى الشهود على قتله، وإنما قتلت ابناً آخر لى كان عليه الدية استحساناً، وفي القياس عليه القتل.

١٩٥٩٨- وفي "المنتقى" قال محمد : فى نصرانى شهد عليه نصرانيان أنه قتل ابن هذا النصرانى عمداً، فقضى عليه بالقصاص، ودفع إليه ليقته، فأسلم، فإنى أردت عنه القتل، وأجعل عليه الدية، وروى الحسن عن أبى حنيفة : فى مسلم قطع يد عبد النصرانى عمداً، فأقام العبد بينة من النصارى أن مولاه كان أعتقه قبل أن يقطع هذا المسلم يده، قبلت شهادتهم على العتق، ولا أقضى له بالقصاص، وله نصف القيمة، ولو كان الشهود رجلاً وامرأتين من المسلمين أوجب له القصاص فى اليد.

١٩٥٩٩- وفي "المنتقى" : الحسن عن أبى حنيفة : رجل أقام بينة على رجل، أنه قتل أباه عمداً عام أول، وأقام آخر بينة على أن أباه المدعى قطع يده أمس، فإنه يؤخذ بأول الوقتين، ولو أقام بينة أنه قتل أباه عام أول، وأقامت امرأة بينة أن أباه تزوجها منذ شهر، وإنه مات عنها، وإنها وارثة، فالقاضى يقضى للابن بدية أبيه، وتبطل بينة المرأة، ولا يقضى لها بالمهر ولا بالميراث إلا أن تجيء بالولد، فإن جاءت بولد لسته^(٤) أشهر أو ثمانية أشهر منذ يوم ادعت أنه تزوجها، وأقامت على ذلك بينة، فإن أباه حنيفة كان يستحسن أن يثبت النسب، ويأخذ بينة المرأة، وتبطل بينة الابن على القتل.

١٩٦٠٠- وفي "المنتقى" رواية الحسن بن أبى مالك عن أبى يوسف عن أبى حنيفة : فى أخوين لأب ادعى أحدهما على رجل أنه قتل أباه يوم النحر بمكة من سنة كذا، وادعى الآخر عليه أنه قتل أباه ذلك اليوم بكوفة، وأقام البينة، وادعى على رجل آخر، وأقامها البينة، فإنه يقضى لكل واحد منهما بنصف الدية.

١٩٦٠١- وفيه أيضاً : عن أبى حنيفة فى جارية قتلت ابن رجل عمداً، فدفعها المولى إلى أبى المقتول، فوطئها أبو المقتول فولدت، فقال مولى الجارية : دفعتها إليه

(١) هكذا فى ظ، وكان فى غيرها : "يابنى".

(٢) زيد من بقية النسخ.

(٣) هكذا فى ظ، وكان فى غيرها : "يابنى".

(٤) هكذا فى الأصل، وكان فى غيره : "لتسعة".

لتقتلها، وقال أبو المقتول : لا ، بل صالحتني عليها من الدم ، فإنه يردها وعقرها ، والولد عبد ، ولا سبيل لأبى المقتول على الجارية ؛ لأنه يقر سقوط القصاص حين ادعى الصلح عليها ، ولا يصدق في الصلح لإنكار المولى ذلك .

١٩٦٠٢ - قال هشام في "نواده" : قال محمد رحمه الله عن جاريتين بين رجلين جاءت بولد ، فجنى الولد جنابة ، ثم ادعاه أحدهما ، قال : تلزمه الدية كلها في ماله .

١٩٦٠٣ - وفي "المتقى" : رجل قال : قتلت فلاناً ، ولم يسم عمداً ، ولا خطأ ، قال : أستحسن أن أجعل ديته في ماله .

١٩٦٠٤ - وفي "نوادير هشام" قال : سألت محمداً عن قوم حاصروا حصناً للعدو ، ونصبوا عليه بالمنجنيق ، ورمى بعضهم بالمنجنيق ، فأصاب الحجر حائط الحصن ، ثم عاء إلى المسلمين ، فقتل مسلماً ، والرامي به وارثه قال : لا يرثه ، وعليه الكفارة والدية على العاقلة ، وإن وقع الحجر في الحصن وقتل ابن الرامي أو كان أبوه في صف المشركين وهو مسلم جاؤوا به ، فأصابه الحجر فقتله ، قال : هنا يرثه ؛ لأنه قد أبيح له من قتل في الحصن ، وفي صف المشركين أن يقتله إلا أنه لا يقصد أباه ، ولا كفارة عليه .

١٩٦٠٥ - قال في جنايات "الجامع الصغير" : رجل شهر على المسلمين سيفاً قال : حق على المسلمين أن يقتلوه ، ولا شيء عليهم ؛ لأنه صار في معنى الحربى ، والجواب في الحربى كذلك .

١٩٦٠٦ - وفيه : رجل شهر على رجل سلاحاً ، فضربه فقتله آخر بعد ذلك ، فعلى القاتل القصاص يريد بهذا أن الشاهر ضرب المشهور عليه ، فلم يمت المشهور عليه ، وترك الشاهر الضرب ، فانصرف ، فجاء رجل ، وقتل الشاهر بعد ما انصرف ، فعلى القاتل القصاص ؛ لأنه لما ترك الضرب وانصرف ، فقد عاد عصمته ، فإذا قتله غيره ، فقد قتل شخصاً معصوماً ، فيجب عليه القصاص ، وقد مر كثير من هذه المسائل في آخر كتاب السرقة .

١٩٦٠٧ - وإذا طعن الرجل برمح في بطن أو غيره ، فصار لا يتمسك الطعام في جوفه ، بل يلقيه ، ففيه الدية ، وإذا ضرب إنساناً على عجزه ، فسلس بوله ، وصار لا

يستمسك ، ففيه الدية ، وإذا قطع فرج المرأة ، فصارت لا تستطيع أن تجماع ، ففيه الدية ، وإذا ضربت امرأة ، فصارت مستحاضة ، تنتظر حولا ، فإن برئت وإلا يقضى بالدية ، وفي مسألة سلس البول يجب أن ينتظر حولا أيضاً بخلاف مسألة الطعن في البطن -والله أعلم بالصواب- .

فهرس المحتويات

كتاب الجنایات	٣
الفصل الأول فى بیان أنواع الجنایات وأحكامها	٥
الفصل الثانى فى الجنایة على النفس ما یجب بها القصاص وما لا یجب	١١
الفصل الثالث فى بیان أصناف الدیة	٢٧
الفصل الرابع فى الجنایات على ما دون النفس ما یجب فیه القصاص وما یجب فیه الدیة	٣٢
الأول: فى الشجاج:	٣٢
نوع آخر فى شعر الرأس وغیره:	٣٩
نوع آخر:	٤٣
نوع آخر فى الأذن:	٤٣
نوع آخر فى العین:	٤٥
نوع آخر فى الأنف:	٤٩
نوع آخر فى الشفتین:	٥٠
نوع آخر فى الأسنان:	٥٠
نوع آخر فى اللسان:	٥٨
نوع آخر:	٥٩
نوع آخر فى الید والأصابع:	٦٠
نوع آخر:	٨٢
نوع آخر فى قطع فرج المرأة وغیره:	٨٥
نوع آخر فى الجنایة على أطراف الصبیان والنسوان:	٨٦
نوع آخر فى تقدیر الأشياء التى یجب بإتلافها الدیة فیما دون النفس:	٨٨
نوع آخر فى الجنایة تقع على عضو وتتعدى إلى عضو آخر:	٨٩
نوع آخر فى مسائل التداخل:	٩٢
الفصل الخامس فیما یجب على العاقلة من ضمان الجنایات وما لا یجب	٩٦

٩٨	الفصل السادس فى معرفة العاقلة، وكيفية تحملهم
١٠٧	الفصل السابع فى بيان من يستحق القصاص ومن يثبت له ولاية الاستيفاء القصاص
١١٤	الفصل الثامن فى الجنايات على نفس الرقيق وأطرافهم
١٢٢	الفصل التاسع فى جنايات الرقيق
	الفصل العاشر فى جناية المكاتب والمدبر وأم الولد، والجناية عليهم،
١٣١	وما يتصل بذلك وفيه بعض جنايات العبيد والعفو فى ذلك
٢٠٦	الفصل الحادى عشر فى القسامة
٢٤٦	الفصل الثانى عشر فىمن يأمر غيره بالجناية على الغير أو على نفسه
٢٥٥	الفصل الثالث عشر فى المسائل التى تتعلق بالصبيّان، وفى بعض مسائل العبيد
	الفصل الرابع عشر فى جناية الحائض والجناح والكنيف وأشباهاها
٢٦٨	وفيما يحدثه الإنسان فى الطريق
٢٩٩	من هذا الجنس:
٣٠٦	الفصل الخامس عشر فى مسائل المسجد وبناء القنطرة وحفر البئر
٣٢٤	الفصل السادس عشر فى الرجل يأمر غيره بالحفر والبناء، وأشباها ذلك فى الطريق وغيره
٣٢٨	الفصل السابع عشر فى جناية البهائم والجناية عليها
٣٤٨	الفصل الثامن عشر فى النار وما يتولد منها وفى موت الرجلين بفعلهما
٣٥٥	الفصل التاسع عشر فى الشهادة فى القتل
٣٦٧	الفصل العشرون فى الصلح والعفو والشهادة فى ذلك
	الفصل الحادى والعشرون فى دعوى الولى العمد أو الخطأ وتصديق المدعى عليه
٣٩٨	إياه فى ذلك أو تكذيبه ويدخل فيه اختلاف الشاهدين
٤٠٧	الفصل الثانى والعشرون فى الدعوى والاختلاف بين الورثة
٤١٦	الفصل الثالث والعشرون فى الورثة والموصى له الذى يدعى بعضهم قتل عمد أو خطأ
٤٢٠	الفصل الرابع والعشرون فى الشهادة تبطل بعد قضاء القاضى بالقتل
٤٢٣	الفصل الخامس والعشرون فى مسائل الجنين وما يتصل به
٤٣١	الفصل السادس والعشرون فى مسائل الضرب والأمر به
٤٣٤	الفصل السابع والعشرون فى مسائل البزاع والفصاد والحجام والختان ومن أشبههم
٤٣٦	الفصل الثامن والعشرون فى المتفرقات